

INTERTEMAS: Revista da Toledo

Volume 16

Novembro 2011

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE

Diretor Superintendente: Milton Pennacchi
Diretora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Diretora Financeira: Maria do Carmo de T. Pennacchi Neves Baptista
Diretora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Estado, Sociedade e Desenvolvimento
Temática: Relações Sociais Contemporâneas
Periodicidade anual

EDITORES

José Artur Teixeira Gonçalves (FIAETPP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (FIAETPP)

COMISSÃO EDITORIAL

Antonio Carlos Segatto (UEM)
Antonio Celso Baeta Minhoto (UMES)
Claudio Ribeiro Lopes (UEMS-Três Lagoas)
Cristiano Heineck Schmitt (UNIRITTER)
Dora García Fernández (Universidad Anáhuac México Norte)
Flávio Murilo Tartuce Silva (EPD)
Gelson Amaro de Souza (FUNDINOPI e FIAETPP)
Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes (FAPI)
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)
José Carlos Martines Belieiro Júnior (UFMS)
Lucas Abreu Barroso (UFES)
Marcos Jorge Catalan (UNISINOS)
Pablo Malheiros da Cunha Frota (ESA-DF)
William Santos Ferreira (PUC-SP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

COMISSÃO EXECUTIVA

Daniela Martins Madrid (FIAETPP)
Edson Freitas de Oliveira (FIAETPP)
Gilberto Notário Ligerio (FIAETPP)
Marcelo Agamenon Góis de Souza (FIAETPP)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (FIAETPP)
Yara Pires Gonçalves (FIAET/PP)

EQUIPE TÉCNICA

Fernanda Larissa da Cruz Beppu e Francielle das Neves Silva Silvente (secretárias)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – FIAET-PP

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@unitoledo.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 16 – 2011

Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2011. 21cm

Revista das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

APRESENTAÇÃO/PRESENTATION

I – DOCTRINA ESTRANGEIRA/FOREIGN DOCTRINE

LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y EL PRECEDENTE PERSUASIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL.....12
THE BINDING CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND THE PERSUASIVE PRECEDENT WITHIN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT
Alejandro GONZÁLEZ VALENZUELA

EL CONTROL DIFUSO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. EN REFERENCIA AL CASO PERUANO A PROPÓSITO DEL EXPEDIENTE N° 00025-2010-PI/TC...37
David Aníbal ORTIZ GASPAS (Universidad de San Martín de Porres)

LOS PRINCIPIOS DE INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL VISTO DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO.....59
THE PRINCIPLES OF IMMEDIACY AND SUBSIDIARITY IN THE "AMPARO CONSTITUCIONAL" SEEN FROM THE CONSTITUTIONAL COURT JURISPRUDENCE OF BOLIVIA
Boris Wilson ARIAS LÓPEZ

REFLEXIONES SOBRE EL HABEAS NORMA.....75
Patricio MARANIELLO

LA VALIDEZ PRIMA FACIE Y EL PRINCIPIO DE DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....101
Jose Víctor GARCIA YZAGUIRRE

II – DOCTRINA NACIONAL/NATIONAL DOCTRINE

NEOCONSTITUCIONALISMO: SUPERAÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....124
NEOCONSTITUCIONALISM AS A WAY TO OVERCOMING THE CLASSIC CONSTITUTIONALISM IN IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS
Wilton Boigues Corbalan TEBAR e Sérgio Tibiriçá do AMARAL

O MODELO FEDERALISTA NA CONFIGURAÇÃO ESTATAL DO SÉCULO XXI E O PAPEL DO MUNICÍPIO.....151
THE FEDERALIST MODEL ON THE 21TH CENTURY STATE CONFIGURATION AND THE BOROUGH ROLE
Antonio Celso BAETA MINHOTO

PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS, SEUS LIMITES E APLICAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA.....179
Daniela Pinto de CARVALHO

ANÁLISE DA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA, À LUZ DO OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....212
Zuleide BARBOSA VILAÇA

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PRIVADO.....229
THE PROTECTION OF THE PERSONALITY RIGHTS IN THE PRIVATE SCOPE
Stênio FERREIRA PARRON

ALIMENTAÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS E DOS HÁBITOS DE CONSUMO ALIMENTAR.....247

Dirceu Pereira SIQUEIRA (Instituição Toledo de Ensino de Bauru) e Andréia de ABREU (Universidade Federal de São Carlos (UFSCar))

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....265

Geala Geslaine FERRAI, Daniela Braga PAIANO e Celina K. F. MOLOGNI

A INFLUÊNCIA DO PROCESSO CIVIL CANÔNICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....288

THE INFLUENCE OF THE CANON CIVIL PROCEDURE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Handel Martins DIAS (Centro Universitário Metodista-RS)

APRESENTAÇÃO/PRESENTATION

Caíque Tomaz Leite da SILVA
Professor visitante da Universidade de Coimbra

§ 1. Incumbiu-me o Senhor Doutor Professor José Arthur Teixeira Gonçalves da missão institucional de prefaciá-lo o volume atual da nossa revista. Certo de que o fez mais por amizade que por mérito acadêmico de um contínuo estudante ainda em fase de enfrentamento e negação em face do modo como nós fazemos academia. Ainda assim aceitei, ciente de que “nós vivemos em risco com os riscos que riscamos”.

§2. A tarefa de construir e reconstruir o direito deve ser o pão diário daqueles que se chamam juristas. A nossa missão enquanto tal, entre alunos, entre amigos, entre professores, não se reduz a reprodução mecânica e irrefletida daquilo que se convencionou doutoralmente chamar de conhecimento “verdadeiro”. A praxe no ambiente intelectual brasileiro é o bem dizer, o aplaudir de pé a ignorância e a unanimidade. A crítica e a reflexão são tarefas das “milícias” intelectuais que exercem atividade subversiva. Sim, porque o ser humano, por sua própria natureza e fragilidade moral, se considera ferido de morte pela crítica. Ignora o animal em construção a que NIETZSCHE se referia. O Doutor é o animal acabado, pensam. Se há algo que aprendi a duras penas na minha escola, é que só há uma coisa no ambiente acadêmico que é infinita: a ignorância humana. O conhecimento, ao contrário, é sempre finito, e, em sua finitude, suscetível de reforma, revisão e reflexão. O que se reputa perfeito e acabado pode existir no mundo da vida, mas não existe no mundo jurídico.

§3. *SAPERE AUDE!* Tenha a coragem de fazer uso de seu próprio entendimento. A fórmula de Immanuel Kant conclamava a comunidade intelectual para o enfrentamento da idade das trevas. E assim o iluminismo combate a negação da personalidade jurídica do homem, privado de uma das dimensões constitutivas da natureza humana: o Pensar. (*An Answer to the Question: What is Enlightenment?* In: Immanuel Kant, *Practical Philosophy*. M. Gregor (ed.). Cambridge University Press, 1996)

§4. Saúdo, portanto, os colegas acadêmicos *Alejandro González Valenzuela, David Aníbal Ortiz Gaspar, Boris Wilson Arias López, Patricio Maraniello, Jose Víctor Garcia Yzaguirre, Wilton Boigues Corbalan Tebar, Sérgio Tibiriçá Amaral, Antônio Celso Baeta Minhoto, Daniela Pinto de Carvalho, Zuleide Barbosa Vilaça, Stênio Ferreira Parron, Dirceu Pereira Siqueira, Andréia de Abreu, Geala Geslaine Ferrai, Daniela Paiano, Celina Mogni, e Handel Martins Dias*. A um, porque escreveram trabalhos que demandaram ampla atividade investigativa num cenário desfavorável a

esse tipo de atividade, a dois, porque se ocuparam da resolução de problemas “reais”, e, sem abandonar um rigor conceitual dogmaticamente necessário, instrumentalizaram-no para a resolução de (irresolúveis) problemas do ser-aí no mundo e respectivamente. O que lamento, entretanto, é o (meu) curto tempo e breve espaço para uma análise mais reflexiva sobre vossos contributos.

§5. Em “La interpretación constitucional vinculante y el precedente persuasivo en la jurisprudencia de la sala constitucional”, o autor discorre sobre a possibilidade de estender o caráter vinculante dos julgados do tribunal constitucional à interpretação de fatos. Mas não a interpretação jurídica ou política dos fatos. E sim a interpretação moral dos fatos. O autor, na esteira de grandes pensadores contemporâneos empreende ao longo do trabalho um esforço hercúleo para a moralização das relações jurídico-políticas. E eu não ignoro sua boa vontade. Observo, e isso já muito longe de uma atividade inventiva, que o autor faz do princípio da dignidade da pessoa humana a porta de interpenetração da moral no direito, ao aduzir que tal valor constitui um bem jurídico anterior e superior ao estado. Não sei se logrará êxito em tal percurso. Se por um lado o princípio da dignidade da pessoa humana oferece suporte a moralidades diversas ou plurais, por outro, e, exatamente em razão disso, não oferece a densidade necessária e peremptória para uma limitação efetiva da conduta do estado em relação as pessoas. Disso já padeceu o direito internacional em sua fase arcaica.

§6. Em “El control difuso en el Estado Constitucional. En referencia al caso peruano a propósito del Expediente N° 00025-2010-PI/TC”, o autor aduz que: “es obligación de todo constitucionalista o aspirante a constitucionalista salir en defensa de nuestras instituciones jurídico-constitucionales, dado que referidas figuras no son fruto de una noche de pensamiento”. Compreendo, e devo fazer uma análise contextualizada ao precedente sobre o qual o autor discorre. De fato, se pensarmos, como faz o autor, que nenhum governo regional (Ayacucho) deve subtrair competências constitucionalmente afetadas em favor do governo central, temos que nos render a supremacia da constituição no ordenamento jurídico interno. Observo, entretanto, que o autor toma a expressão constitucionalismo em seu sentido exclusivamente interno, o que deveria ser objeto de nota explicativa. Isso porque abunda no meio acadêmico escritos sobre a constitucionalização do direito internacional e do direito comunitário com respeitadas vozes que clamam pela supremacia desses blocos de constitucionalidade e não do interno. Há inclusive, opinião consultiva (nº 4/1994) expressa nesse sentido, formulada pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos a pedido do estado do autor (Perú), em que o tribunal entendeu que a convenção constituía um limite ao poder constituinte. [Constitucionalização da União Europeia: PETERS, A. Elemente einer Theorie der

Verfassung Europas. Berlin: Bunker & Humblot, 2001, p. 167; Constitucionalização do direito internacional: FASBENDER, B. The United Nations Charter as Constitution of the International Community. Columbia Journal of Transnational Law, 37, 1998, p. 529; DUPUY, P-M. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. Max Planck Yearbook of United Nations Law, 1, 1997, p. 1]

§7. Em “Los principios de inmediatez y subsidiariedad en el amparo constitucional visto desde la jurisprudencia del tribunal constitucional boliviano”, o autor envereda-se numa discussão sobre a efetividade das ações constitucionais, ocupando-se não da eficácia da tutela jurídico-constitucional efetivamente prestada pelo tribunal constitucional, mas pela tutela que se deixa de prestar em razão de requisitos prévios de admissibilidade do remédio constitucional de amparo. Uma configuração “fundamentalista” dos pressupostos processuais constitucionais da imediatidade e subsidiariedade teria por efeito excluir da apreciação do tribunal constitucional situações concretas de violações de direitos fundamentais e direitos humanos. Além disso, fixando-se tal obstáculo de maneira materialmente intransponível, configurar-se-ia uma violação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos, que na Bolívia compõe o bloco de constitucionalidade em razão da SC 110/2010-R. A pergunta não respondida pelo autor é a seguinte: se os documentos internacionais supracitados são partes do bloco de constitucionalidade, como é que se resolve o conflito entre a eficácia do amparo prevista nestes e os princípios da subsidiariedade e imediatidade que também tem natureza constitucional (previstos na constituição interna da Bolívia)?

§8. “Reflexiones sobre el habeas norma”. O “habeas norma” seria um remédio constitucional hábil a ser utilizado quando a omissão do poder legislativo ou executivo quanto a regulamentação de um direito consagrado pela constituição produz dano às pessoas. Tem-se, portanto, mais um remédio constitucional destinado a garantir a supremacia da constituição no ordenamento jurídico interno, quando esta for ameaçada pelo achincalhamento do processo democrático. Nas palavras do autor: “HN no es una “*acción o declaración de inconstitucionalidad por omisión*”, ni un “*amparo por mora*”, o una “*acción de cumplimiento*” o, un “*mandato de injunção*”. El HN es un poco de cada una y no es ninguna de ellas, es una novicia acción cuyo objetivo principal es rescatar al derecho que se encuentra encerrado en una norma y que por su mala o inexistente instrumentalidad produce un daño.”

§9. Em “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, o autor trata da situação de conflito de deveres jurídicos incompatíveis entre si. O conceito de “*prima facie*” foi primitivamente elaborado na obra “The Right and the Good” em associação a possibilidade dos deveres morais comportarem limitações

explícitas e implícitas, associadas a outros deveres morais e reveladas no caso concreto. Com base nesse conceito, o autor aduz que todas as normas jurídicas são derrotáveis, estendendo o caráter *prima facie* a normas constitucionais [onde se insere a “*bill of rights*”]. Há aqui qualquer coisa que me incomoda. Se conferimos à cláusula “*prima facie*” uma natureza “normogenética” nós simplesmente colocamos *sob iudice*, literalmente, todo o patrimônio jurídico consolidado, conferindo ao poder judiciário uma carga axiológica-normativa que não deve ser suportada por ele com exclusividade. Há outra observação que parece restringir o horizonte da tese do autor (e talvez essa seja uma limitação pessoal): não consigo encontrar um dever jurídico (ou moral) suficientemente denso para desestabilizar normas que vedam a tortura ou que asseguram a liberdade de opinião. O ato de torturar provoca eu mim uma repulsa primitiva. A liberdade de opinião é um direito civil absoluto e não deve ser tolhido de nenhuma forma ou por qualquer razão, pois a formação da opinião é uma dimensão constitutiva da natureza humana. O “*como vejo o mundo*” é uma dimensão capacitante da razão, é o pulsar, o sentir, o viver do homem. A restrição à liberdade de opinião faria de nós meros receptores das coisas da vida, zumbis intelectuais, e não seria possível fazer uma gradação entre os aspectos animais “do bicho” homem e dos outros animais se fossemos privados da razão.

§10. Em “Neoconstitucionalismo: superação para concretização de direitos fundamentais”, os autores associam a expressão “neoconstitucionalismo” ao direito constitucional que estende sua força normativa aos direitos chamados por eles de “segunda dimensão”. Além disso, conferem à constituição a função de moralização do direito. Defendem também que a constituição constitui um critério material para a resolução de conflitos no que tange a concretização de direitos fundamentais. Eu não sei se a clamada “força normativa da constituição” (Hesse) nos conduz a algum tipo de novo constitucionalismo. Isso porque mesmo as constituições liberais eram liberais em relação à ideologia, não em relação à implementação de suas disposições. A constituição nunca foi vislumbrada como um instrumento desprovido de força normativa como uma declaração no direito internacional. A contextualização histórica nos revelará que as primeiras constituições foram frutos de momentos sociais de ruptura, de encerramento de um ciclo político ou jurídico-político, e por isso talvez não fossem desprovidas de uma qualquer força normativa. Aquilo tinha que valer de alguma coisa para a estabilização social. O desencantamento do constitucionalismo clássico não ocorreu porque ele era incapaz de velar pelo cumprimento de suas disposições, mas porque os direitos contidos nelas favorecia a exploração do homem pelo homem e o abuso do poder económico. Nobre também a tentativa de empregar um critério material para resolução de conflitos normativos. Assim fazendo, entretanto, temos que admitir que esse critério pode ser subsidiado pela constituição ou outros instrumentos

normativos de igual dignidade, como o direito internacional e o direito comunitário. Assim, se a força normativa da constituição vem acompanhada de um critério material como querem os autores, o critério hierárquico formal de resolução de conflito normativo (a supremacia da constituição) deve ser abandonado.

§11. Em “O modelo federalista na configuração estatal do século XXI e o papel do município”, o autor faz uma tentativa de reconstituição da *pólis* grega para aproximar as pessoas das decisões que lhes dizem respeito, com a valorização da “localidade” e da “regionalidade”. Acho que o autor faz mal em chamar a colação a União Europeia se sua proposta de federalismo é valorizar a localidade. Isso porque a sobrevivência e força do estado nas deliberações da EU exige uma demonstração de unidade do estado-membro, que deve, aos olhos do direito comunitário, se comportar como um só corpo e um só espírito. Na medida em que a União se fortalece, o estado-nação se fortalece em simetria, e a localidade desaparece aos olhos do direito comunitário.

§12. Em “Princípio da reparação integral dos danos, seus limites e aplicação na responsabilidade civil brasileira”, a autora distingue princípios de regras para depois justificar um conflito entre o “princípio” da reparação integral dos danos e o “princípio” da equidade. Seguindo o critério proposto pela própria autora, não vejo a norma “reparação integral do dano” como um princípio. Trata-se em verdade, de uma regra. Observe-se o comando: *o dano causado deve ser integralmente reparado*. Como é que esse comando pode ser otimizado ou flexibilizado? Se há uma disparidade entre o grau da culpa e o dano, a possibilidade de redução do montante da indenização é uma regra que excepciona a primeira, e não nos encontramos, portanto, numa situação de ponderação propriamente dita, a despeito da redação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. A ponderação é utilizada para aferir desproporção entre a conduta e o dano, não para resolver conflito entre “princípios”. As palavras não mudam a natureza das coisas. No mesmo sentido, o que a autora chama de “princípio da equidade” seria, na classificação proposta por Humberto Ávila (citado por ela), salvo melhor juízo, em postulado normativo, não um princípio. Isso porque a equidade é um conceito materialmente neutro, ou vazio: A é igual a B em relação a C. A análise da equidade de uma relação jurídica pressupõe partes e objeto. Por isso trata-se mais de uma técnica de solução de conflito que uma norma que possa entrar em conflito com outra (princípio ou regra).

§13. Em “Análise da nova lei do mandado de segurança, à luz do objeto do mandado de segurança coletivo”, a autora condena o nova lei de mandado de segurança (12.016/09) pelo seu caráter restritivo em relação ao mandado de segurança coletivo, de cariz constitucional, uma vez que a nova lei nega existência de direito líquido e certo a um grupo indeterminado de pessoas. No mesmo sentido, restringiu a

legitimidade ativa dos partidos políticos (art. 22). A autora conclui no sentido de que deve se buscar uma interpretação conforme a constituição. Entretanto, a princípio e em grau de cognição sumária, se os artigos 21 e 22 da nova lei restringem disposição normativa constitucional de eficácia e aplicabilidade plena (art. 5º, LXIX e LXX da CF) não há interpretação que resolva. As normas são simplesmente inconstitucionais.

§14. Em “A proteção dos direitos da personalidade no âmbito privado”, o autor debruça-se sobre o direito privado para garantir o respeito aos direitos de personalidade. A despeito da garantia constitucional, o autor julga que o artigo 12 do Código Civil justifica-se pela especificidade e por ampliar a proteção ao direito de personalidade por permitir uma tutela inibitória e não meramente reparatória como a constitucional. Não sei se são justificativas suficientes. A pretensão de especificidade não é mais querida nem incentivada pelos civilistas. Hoje há mais vozes que defendem a constitucionalização do direito civil que as que defendem a reprivatização das esferas jurídicas onde o estado passou a interferir. É nobre associar nosso objeto de trabalho as coisas públicas, pois nobres são os que se preocupam com algo além de si mesmo. A constitucionalização é, na verdade, a moralização das relações privadas embora o documento constitucional não seja um elencado de deveres morais. É que os deveres jurídico-constitucionais são estabelecidos tendo em vista os interesses coletivos, e os privados, os interesses individuais (normalmente econômicos, a despeito do autor escrever sobre direitos de personalidade e se preocupar mais com a tutela inibitória e, portanto, não posso dizer que a premissa de seu trabalho seja o proveito econômico). A segunda justificativa também não me convence. O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é claro no sentido de que a *ameaça* a direito não será excluída de apreciação do judiciário, o que fundamenta, no meu entender, a tutela inibitória. A conclusão é a de que o autor tenta “privatizar” o que nunca foi matéria de direito privado: os direitos fundamentais, sempre vinculados ao direito constitucional (“bill of rights”), assim como os instrumentos constitucionais de garantia.

§15. Em “Alimentação enquanto direito fundamental: uma análise a partir da perspectiva da produção de alimentos e dos hábitos de consumo alimentar”, o autor discorre sobre o concurso de interessados no estabelecimento de regras de segurança alimentar. Observa-se que, se por um lado, a escassez de alimentos é causa de perecimento do homem (segurança alimentar), por outro, aquilo que se come, pode, igualmente, afetar o tempo e o modo como os homens vivem (segurança em alimentos). Fazem muito bem os autores em conferir ao problema um enfoque jurídico. A segurança em alimentos é tema ainda subdesenvolvido no Brasil, enquanto a União Europeia desde a muito já litiga no *AB-WTO* (órgão de apelação da organização mundial do comércio) em razão do seu rígido controle sobre a natureza daquilo que o bloco importa. A “*Codex Alimentarius Commission*” da Organização Mundial do

Comércio tem se preocupado especialmente com os “GMOs” (organismos geneticamente modificados). Enquanto isso, o Brasil ainda se preocupa com segurança alimentar. E por razões óbvias penso: se há pessoas que têm fome, como é que discutiremos a escolha do que comemos? E por isso julgo que a emenda constitucional nº 64/2010, bem como as disposições anteriores com alusão ao direito de alimentação, não compreendem em seu âmbito de proteção a segurança em alimentos, apenas a segurança alimentar.

§16. Em “Paternidade socioafetiva” as autoras defendem que o critério da consanguinidade deve ser substituído nas relações paterno-filiais pelo critério da afetividade, o que chamam de “desbiologização do direito de família”. O trabalho abordou os efeitos sobre o nome, fama e relações patrimoniais. Confesso que fiquei com a impressão de que houve uma “omissão juridicamente relevante”: os homossexuais, uma associação incontinente a expressão “socioafetivo”. Gostaria de ver se ônus da argumentação quanto a “desbiologização” e afetividade se desenvolveria com a mesma eficácia.

§17. Em “A influência do processo civil canônico no processo civil brasileiro”, o ator aduz que a conciliação, o princípio da concentração da defesa, o juiz delegado, a sumarização de procedimento, a oposição de terceiro, a reconvenção e a assistência jurídica são exemplos de institutos atuais que têm origens no direito canônico. O direito canônico, malgrado muitas vezes afrontado pelo homem inebriado pela doença da razão, incólume de dúvida compõe o acervo jurídico da civilização ocidental. O homem a imagem e semelhança de deus era (e é) um ideal apelativo que justificava que as leis dos “*longa manus divinus*” fossem consideradas as leis do próprio deus dirigidas aos homens e, portanto, vinculantes às leis dos homens.

Sapere aude ius!

Presidente Prudente, 28 de Fevereiro de 2013.

LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y EL PRECEDENTE PERSUASIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

THE BINDING CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND THE PERSUASIVE PRECEDENT WITHIN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Alejandro GONZÁLEZ VALENZUELA¹

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo analizar la posición de la Sala Constitucional, tanto respecto de la fuerza vinculante de las sentencias en las que se interpreta el contenido o alcance de normas y principios constitucionales; como respecto de la fuerza persuasiva de algunos fallos que carecen de fuerza vinculante. Un aspecto central en esta investigación es la identificación de la dignidad humana como bien jurídico superior que precede y limita al Estado, condicionando la interpretación constitucional, la cual, debe orientarse a la preservación de la primacía de la dignidad humana y de los demás valores que le son inherentes, y no como afirma la Sala Constitucional que es el proyecto político que subyace en la Constitución el que debe prevalecer en la interpretación constitucional.

PALABRAS CLAVE: Supremacía constitucional. Interpretación constitucional. Fuerza vinculante. Precedente persuasivo. Dignidad Humana. Contenido vinculante de las sentencias.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the position of the Constitutional Court, both regarding the binding force of rulings in which content or scope of constitutional norms and principles is interpreted; as to the persuasive force of some rulings which lack binding force. A main aspect to this investigation is the proper identification of human dignity as a superior legal asset which precedes and limits the State, conditioning the constitutional interpretation, which should be oriented to the preservation of human dignity's primacy and the further values which are inherent to it, and not as the statement of the Constitutional Court which would prevail a political project lying under the Constitution.

KEY WORDS: Constitutional supremacy. Constitutional Interpretation. Binding force of judgments. Persuasive precedent. Human dignity. Binding contents of ruling.

1 INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como propósito analizar la posición doctrinal de la Sala Constitucional, tanto respecto de la fuerza vinculante de las sentencias en las que se interpreta el contenido o alcance de normas y principios constitucionales, a las que se contrae el artículo 335 de la Constitución de 1999; como respecto de la fuerza

¹ Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Central de Venezuela), Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Católica Andrés Bello), Especialista en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Monteávila), Maestría en Derecho Constitucional (Universidad Católica Andrés Bello), Ex Profesor de Contencioso Tributario en Post-Grado Universidad Santa María, Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Miembro Fundador del Instituto Venezolano de Derecho Procesal Constitucional, Miembro Correspondiente Extranjero de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

persuasiva (*stare decisis*) de algunos fallos de la Sala Constitucional que carecen de fuerza vinculante.

Punto de partida de este análisis será el principio de supremacía normativa de la Constitución, que, desde su posición hegemónica se erige en el referente axiológico y normativo con el que se contrasta la legitimidad o ilegitimidad constitucional de todo el ordenamiento infraconstitucional. Asimismo, se hará un examen a la teoría de la interpretación constitucional que invoca la Sala Constitucional, cuyo supuesto fundamental es que el derecho constitucional es una teoría normativa puesta al servicio de un proyecto político que subyace en la Constitución (en nuestro caso, el Estado Social Democrático, de Derecho y de Justicia), posición ésta que será revisada en lo conceptual y en lo metodológico, a los fines establecer su validez. De igual manera, se hará una breve referencia a los dos tipos de interpretación constitucional reconocidos por la Sala Constitucional (*juridictio* y *jurisdatio*) y a las críticas que esta tipología genera.

Luego, se pasará revista a la doctrina de la interpretación vinculante desarrollada por la Sala Constitucional, y muy especialmente a lo que debe ser el contenido vinculante de los fallos interpretativos sobre el contenido o alcance de normas y principios constitucionales, por cuanto, existe una tendencia inercial a considerar que en estos fallos lo vinculante es la *ratio decidendi* independientemente del tipo de sentencia de que se trate, lo cual, en el caso venezolano es un error manifiesto, según se intentará demostrar, habida cuenta de que la Sala Constitucional no sólo hace interpretaciones constitucionales en el marco de una controversia concreta, sino, además, con ocasión de la interpretación general o abstracta de normas constitucionales, que declara *erga omnes* el contenido o alcance de principios y preceptos constitucionales, a través de un mecanismo extraordinario de interpretación constitucional, con la finalidad de “*precaver conflictos innecesarios o juicios inútiles, al conocerse previamente cuál es el sentido y alcance de los principios y normas constitucionales necesarios para el desarrollo del Estado y sus poderes, y de los derechos humanos de los ciudadanos*”. Igualmente se hará referencia a lo que no constituye interpretación vinculante, en esta perspectiva, se hará especial referencia a una práctica incomprensible de la Sala Constitucional de atribuir fuerza vinculante a los *obiter dicta* que incorpora a algunas sentencias.

Finalmente, se hará referencia a la doctrina del precedente persuasivo desarrollada por la Sala Constitucional, conforme a la cual, ciertos fallos proferidos por la jurisdicción constitucional que sin tener fuerza vinculante pueden ser reconocidos como expresiones del principio *stare decisis*, en virtud de que guardan relación con los valores esenciales del orden público constitucional, y también, con postulados del *rule of law*, como son la certeza (predictibilidad) del derecho constitucional, el rechazo a la

desigual aplicación de la ley (confianza legítima) y el respeto al revelante papel de la jurisdicción constitucional como fuente de derecho constitucional.

2 EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1.999 consagró, por vez primera, el principio de supremacía normativa de la Constitución (art.7)², encarnado en la idea de hegemonía e intangibilidad absoluta de los valores, principios y preceptos constitucionales en el orden interno, a los que están sujetos los particulares y los órganos que ejercen el Poder Público. En virtud de este principio, la Constitución se erige en base condicionante de todo el ordenamiento jurídico en tanto norma fundamental (*lex superior*) configuradora del sistema de fuentes formales del Derecho, en el que se sitúa como *norma normarum* o fuente de las fuentes (*García de Enterría*)³.

El principio de supremacía de la Constitución está íntimamente vinculado a las constituciones escritas y rígidas, fue expuesto magistralmente por el juez John Marshall de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en el fallo proferido en el célebre caso "*Marbury versus Madison*" (1803)⁴, en el que estableció:

Es una proposición demasiado simple para que pueda discutirse que o bien la Constitución controla cualquier acto legislativo que la contradiga, o bien el legislativo podrá alterar la Constitución por una Ley ordinaria. Entre esa alternativa no hay término medio. O la Constitución es un derecho superior o supremo, inmodificable por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que los actos legislativos y, como cualquier otra Ley, es modificable cuando al Legislativo la plazca hacerlo. Si el primer término de la alternativa es verdadero, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es Derecho; si fuese verdad el segundo término, entonces las Constituciones escritas serían intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable. Ciertamente, todos los que han establecido Constituciones escritas contemplan a éstas como formando el Derecho supremo y fundamental de la nación, y, consecuentemente, la teoría de los respectivos gobiernos debe ser que una Ley del legislativo ordinario que contradiga a la Constitución es nula.⁵

² "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".

³ García de Enterría, Eduardo, "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional", Madrid, Civitas, 1994, pág. 50.

⁴ Debe advertirse que previamente Alexander Hamilton había planteado en *The Federalist* el tratamiento de la Constitución como *fundamental law*, reconociendo a los Tribunales la facultad de desaplicar las leyes del Congreso que entraran en contradicción con ella, tal como nos refiere Sola, Juan Vicente, "Control Judicial de Constitucionalidad", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pág 187 y sig.. Asimismo, en el derecho anglosajón existe un antecedente jurisprudencial con la célebre sentencia del Justicia Mayor Edward Coke, dictada en el año 1610, en el caso: *Dr. Bonham*, en la que precisó "Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* controla las leyes del parlamento y a veces decide que son enteramente nulas; porque cuando una ley aprobada por el parlamento es contraria a común derecho y razón, o repugnante, o de imposible ejecución, el *common law* debe dominar sobre ella y pronunciar la nulidad de tal ley" Sabine George, "Historia de la Teoría Política", Fondo de Cultura Económica, pág. 351). Esta doctrina tuvo escasa fuerza en Inglaterra como consecuencia de la primacía alcanzada por el parlamento en su conflicto con el Rey durante el siglo XVII

⁵ García de Enterría, Eduardo, ob. cit., pág. 177.

Conforme a este principio, la Constitución es suprema en virtud de su naturaleza fundacional y preceptiva, esto es, en tanto sistema organizativo e institucional emanado del pueblo constituyente (titular de la soberanía) que configura y ordena los poderes del Estado creados por ella, establece sus límites, reconoce un ámbito de garantías y derechos fundamentales, e impone al Estado una actividad prestacional en beneficio de la comunidad, lo cual, le asegura superioridad sobre las normas ordinarias limitadas a objetivos más concretos dentro del marco globalizador que la Constitución establece. Asimismo, este principio pone en evidencia la naturaleza de los poderes de los que emanan las distintas normas de un ordenamiento (poder constituyente/Constitución, y poderes constituidos/normas ordinarias), su vocación de permanencia o estabilidad y, finalmente, el carácter rígido de la norma constitucional dando origen a una *superlegalidad formal* conformada por mecanismos reforzados de modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios; y a una *superlegalidad material* que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas, que serán válidas si no violentan el sistema formal de producción de las mismas, los límites al ejercicio del poder, los derechos y garantías fundamentales, y el entramado axiológico que ella encarna (*García de Enterría*).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N^o. 33, de fecha 25 de enero de 2001, caso: *Baker Hughes*, hizo, en torno a esta categoría jurídica, consideraciones similares a las precitadas, al establecer que *“La Constitución es suprema, entre otras cosas, porque en ella se encuentran reconocidos y positivizados los valores básicos de la existencia individual y de la convivencia social, al tiempo que instrumenta los mecanismos democráticos y pluralistas de legitimación del Poder, tales como los relativos a la designación de las autoridades y a los mandatos respecto al cómo y al para qué se ejerce autoridad. Persigue con ello el respeto a la determinación libre y responsable de los individuos, la tolerancia ante lo diverso o lo distinto y la promoción del desarrollo armonioso de los pueblos”*.

Importa precisar que en algunos sistemas el principio de supremacía normativa de la Constitución ha sido sometido a una especie de *mutación constitucional*, entendida ésta como *“la modificación que deja indemne su texto constitucional sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados con la intención, o conciencia, de tal mutación”* (*Jelinek*⁶), es el caso de Chile en el que las normas supranacionales o supraconstitucionales son de aplicación directa, inmediata y preferente, aún cuando el texto constitucional no consagre expresamente la cesión de competencias normativas en favor de organismos supranacionales o comunitarios; en otros sistemas constitucionales este principio ha

⁶ *Jelinek, Georg, “Reforma y Mutación de la Constitución”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 7.*

sido sometido a *distensiones*, es el caso del de Venezuela, donde, por una parte, cuerpos normativos comunitarios o supranacionales tienen aplicación directa y preferente a la legislación interna, como consecuencia de la cesión expresa de competencias en favor de organismos supranacionales en el marco de procesos de integración comunitaria, tal como lo consagra el artículo 153 de la Constitución de 1999; de igual manera, como consecuencia del expreso reconocimiento de jerarquía (supra) constitucional y prevalencia en el orden interno a la normativa contenida en Pactos, Tratados y Convenciones sobre derechos humanos, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución, tal como lo prevé el artículo 23 de la Constitución de 1.999.

En conclusión, gracias a la fuerza hegemónica del principio de supremacía de la Constitución el nudo poder ha devenido en poder jurídico legítimo, lo cual, sitúa a este principio como una de las grandes conquistas democráticas al erigirse en el fundamento del Estado Constitucional Democrático encarnado en el *gobierno de las leyes* que a partir del fin de la segunda guerra mundial ha venido desplazando al arbitrario Estado Legislativo de Derecho⁷ encarnado en el *gobierno de los hombres*, del *jefe carismático* o del *legibus solutus* (Bobbio)⁸.

3 LAS TEORÍAS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La teoría tradicional de interpretación de la Constitución persigue, por lo común, revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subjetiva del constituyente mediante el análisis del texto (interpretación literal), de su proceso de creación (histórica), de sus conexiones con un sistema (interpretación sistemática), de sus antecedentes (genética, así como, finalmente, de su *ratio* (sentido) y *telos* (finalidad), con abstracción del problema concreto que trata de resolver; en tal sentido, el contenido de la norma así obtenido es subsumido en forma de conclusión silogística al supuesto vital de cuya formación se trata (Hesse⁹).

En opinión de Hesse, tal teoría tiene ciertas inconsistencias, en primer lugar, en lo tocante al *objetivo de la interpretación*, pues, ante un problema de interpretación (ambigüedad, oscuridad, contradicción, laguna, etc.) ni la Constitución ni el constituyente han expresado previamente una voluntad decisiva, más bien, esta voluntad emerge con la solución al problema interpretativo, al obtenerse la norma jurídica resultante de la interpretación constitucional. Asimismo, los *métodos de interpretación*, tampoco, ofrecen orientación suficiente como ocurre con la

⁷ Peña Freire, Antonio, "La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho", Madrid, Editorial Trotta, 1997, Pág. 51.

⁸ Bobbio, Norberto, "Fundamento y Futuro de la Democracia", Valparaíso, Edeval, 1986, Pág.44.

⁹ Hesse, Konrad, "Escritos de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.011, pág. 58.

interpretación gramatical, que plantea el problema de cómo determinar el significado de un precepto, si con arreglo al lenguaje usual, al lenguaje jurídico especializado, o, bien según la función que en cada caso asuma un concepto; por su parte, la *interpretación sistemática*, plantea el problema de cuál es el contexto con el que se va a referenciar una norma, ya sea un artículo, capítulo, sección, título, o, un bloque normativo (bloque de la constitucionalidad); finalmente, la *interpretación teleológica*, sería una especie de carta blanca, pues, la premisa de buscar el sentido de un precepto no aporta nada respecto de la pregunta fundamental, la de *cómo* descubrir dicho sentido.

A las dificultades precitadas deben sumarse las prácticas de interpretación constitucional excepcionales (a las que con cierta frecuencia apelan las jurisdicciones constitucionales), conforme a las cuales, los problemas interpretativos son resueltos con métodos distintos a los ya señalados, tales como la fuerza normativa de la Constitución, con el que se procura una interpretación actualizada de la Constitución privilegiando aquellos puntos de vista que ayude a las normas constitucionales a obtener máxima eficacia bajo las circunstancias del caso, la interpretación lógica, la axiológica, principios de tipo jurídico-funcional o jurídico-material, etc..

4 LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO CONCRETIZACIÓN

La interpretación de la Constitución es *concretización* entendida como la consideración en el proceso interpretativo, junto al contexto normativo, de las singularidades de las relaciones vitales concretas (realidad) sobre las que la norma pretende incidir (*Hesse*).

La concretización presupone la *comprensión* del contenido de la norma a *concretizar*, la cual, no debe desvincularse de la *pre-comprensión* del intérprete ni del problema concreto a resolver. Ciertamente, al interpretar el operador debe situarse en la concreta situación histórica en la que se encuentra, la cual, plasma y condiciona sus valores, conocimientos y pre-juicios (*pre-comprensión*), una vez situado en esa posición debe relacionar la norma que se pretende interpretar con un problema concreto si se quiere determinar su contenido. La actividad de concretización así entendida se auxilia con una actividad tópica vinculada por la norma, conforme a la cual, habrán de ensayarse diversas premisas o puntos de vista que son sometidos a verificaciones, a cuyo efecto, el que resulte apropiado debe ser fundamentado de la manera más clarificadora y convincente posible (*topoi*), lo cual, evidencia que el problema interpretativo no se resuelve a partir de normas identificadas y disponibles para la decisión, sino más bien, a partir de la *pre-comprensión* del caso planteado, y del problema en sí, lo que activa el funcionamiento del aparato normativo para encontrar la decisión razonable.

En tal sentido, es la *pre-comprensión* y el problema lo que determina su propio tratamiento hermenéutico, limitando así la discrecionalidad en la búsqueda de los *topoi*; por tanto, el interprete sólo puede utilizar en la labor de concretización aquellos puntos de vista vinculados al problema; asimismo, el interprete está obligado a incluir en su *programa normativo* y en su *ámbito normativo*, los elementos de concretización que le proporciona la Constitución en orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichos elementos en el curso de la solución del problema.

Ciertamente, dado que el *programa normativo* se halla contenido en el texto de la norma a concretar, deberá ser aprehendido mediante la interpretación de dicho texto, a cuyo efecto los *métodos de interpretación* jugarán un rol importante permitiendo la elaboración de elementos de concretización; en lo tocante al punto de vista teleológico, debe observarse que éste por sí solo no brinda una respuesta suficiente porque el sentido y finalidad del precepto sólo pueden ser precisados con la ayuda de los restantes *métodos de interpretación*. Asimismo, para interpretar adecuadamente se hace necesario acudir al *ámbito normativo*, es decir, a las singulares circunstancias de la existencia vital (realidad), que, además, están sujetas a cambios históricos que modifican el ámbito normativo a pesar de que el texto de la norma siga siendo el mismo, dando origen a las llamadas *mutaciones constitucionales*.

De otra parte, *Hesse* nos refiere que en los casos de contradicción o colisión entre normas constitucionales, debe procurarse una solución interpretativa sobre la base de la *coordinación objetiva* de las respectivas relaciones o ámbitos vitales y una exposición de los puntos de vista objetivos que sustentan esta coordinación. Al efecto, a los *principios de la interpretación constitucional* les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista que deben llevar a la solución del problema; así, el *principio de unidad de la Constitución*, establece la relación e interdependencia existente entre los distintos elementos de la Constitución, esto es, las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera tal que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales; de igual manera, el *principio de la concordancia práctica* exige que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos sean ponderados de tal forma que todos conserven su entidad, como afirma *Hesse*, en caso de colisiones no se debe, a través de una precipitada ponderación de bienes o incluso abstracta ponderación de valores, realizar el uno a costa del otro.

Asimismo, debe destacarse que la interpretación de la Constitución está sujeta a límites, el más importante de ellos, es que la interpretación admite la posibilidad de un cambio constitucional, sin llegar al quebrantamiento constitucional, es decir, a la desviación o violación flagrante del texto constitucional, por cuanto, como

afirma *Hesse*, donde el interprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para quebrantarla.

Finalmente, debe destacarse que la evolución del derecho procesal constitucional ha propiciado la aparición de un nuevo principio interpretativo, el principio de la interpretación conforme a la Constitución, conforme al cual, debe privilegiarse la conservación de un texto legislativo ambiguo u oscuro, esto es, debe privilegiarse su presunción de legitimidad constitucional, y, en consecuencia, en lugar de su anulación, procurar una interpretación compatible con el texto constitucional, en tal sentido, en el marco de la interpretación conforme a las normas constitucionales no son solamente normas-parámetro, sino, también normas de contenido en la determinación del contenido de las leyes ordinarias. Lo antes señalado, en ningún caso, implica la interpretación en contra del texto y sentido o contra de la finalidad legislativa.

El principio precitado hunde sus raíces en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico, conforme al cual, las leyes emanadas bajo la vigencia de la Constitución deben ser interpretadas en consonancia con la Constitución, lo que implica que la legislación preconstitucional debe ser adaptada al nuevo status constitucional. Como consecuencia, la interpretación conforme adquiere una importancia fundamental en su aspecto jurídico-funcional, pues, impone una coordinación de funciones de los órganos que intervienen en el proceso de concretización, lo cual, es válido, tanto, para la relación entre jurisdicción constitucional y legislación como para la relación entre jurisdicción constitucional y las restantes jurisdicciones. La interpretación conforme no plantea sólo la cuestión del contenido de la ley sometida a control, sino, también, la relativa al contenido de la Constitución, según la cual, dicha ley ha de ser medida, por tanto exige interpretación de la ley como interpretación de la Constitución.

5 TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

La preservación de la incolumidad del principio de supremacía normativa de la Constitución impone a la jurisdicción constitucional la tarea de interpretar principios y preceptos constitucionales no sólo para salvar sus dificultades, contradicciones, lagunas o ambigüedades, sino, además, para hacer valer el principio de que los derechos fundamentales preceden y limitan axiológicamente al poder (Estado).

Al efecto, debe advertirse que en nuestro sistema constitucional a la jurisdicción constitucional no sólo compete velar por la conformidad de actos infraconstitucionales con la Constitución, pues, la Sala Constitucional interpretando el artículo 335 de la Constitución de 1.999, se autoatribuyó, además, la facultad de

interpretar en abstracto principios y normas constitucionales (instituyendo un recurso extraordinario al efecto) a los fines de “*precaer conflictos innecesarios o juicios inútiles, al conocerse previamente cuál es el sentido y alcance de los principios y normas constitucionales necesarios para el desarrollo del Estado y sus poderes, y de los derechos humanos de los ciudadanos*” (Vid. sentencia N°. 1077, de fecha 22 de septiembre de 2.000, caso: *Servio Tulio León*), función que se erigiría en una especie de “*interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental*”.

En esta perspectiva, mediante sentencia N°. 1309, de fecha 19 de julio de 2001, caso: *Herman Escarrá*, la Sala Constitucional estableció que la Constitución de 1.999 habría consagrado dos tipos de interpretación constitucional, a saber, la interpretación individualizada que se da en la sentencia al resolver una controversia concreta, actividad a la que denominó *jurisdictio* en la que la eficacia de la norma individualizada se limitaría al caso resuelto, esto es, el contenido y alcance de su motivación normativa quedaría ligado, tópicamente, al problema decidido, y su obligatoriedad sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente (*stare decisis*); y la interpretación general o abstracta de preceptos y principios constitucionales, que declara *erga omnes* su contenido y alcance, actividad a la que denominó *jurisdatio*, la cual, sería vinculante para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, y obviamente, para los demás tribunales.

Al efecto, debe observarse que ante la manifiesta falta de congruencia del criterio precitado en lo tocante a la diferencia de efectos entre la *jurisdatio* y la *jurisdictio*, la Sala Constitucional se vio forzada a rectificar su posición en un fallo posterior (Vid. sentencia N°. 1860 de fecha 5 de octubre de 2001, caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*), precisando que en ambos casos puede producirse el efecto vinculante de los fallos interpretativos sobre el contenido y alcance de normas y principios constitucionales; en efecto, la Sala señaló expresamente, que “*A lo ya dicho conviene agregar que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante*”. (resaltado añadido).

En el mismo fallo, junto con señalar que el derecho constitucional no es el resultado de una deducción lógica sino de una práctica social interpretativa que crea o “*construye*” instituciones, la Sala Constitucional estableció que la interpretación constitucional debe estar comprometida con el proyecto político que subyace en la Constitución, y que en el caso venezolano éste sería el Estado Democrático y Social,

de Derecho y de Justicia, en tal sentido, precisó que *“la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia)”*.

Con base al criterio precitado el proceso hermenéutico constitucional, esto es, la dilucidación de toda dificultad, laguna, oscuridad, o ambigüedad, y en general de toda problematización que suponga contradicción entre principios constitucionales o entre estos y preceptos constitucionales, debe estar comprometida con el proyecto político que subyace en la Constitución (Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia), lo cual, constituye un grueso paralogismo, pues, no sólo subordina el entramado axiológico que la Constitución encarna a una forma específica de Estado, en lugar de subordinar la forma de Estado -cualquiera que esta sea- al complejo axiológico, sino, además, supone un ostensible desconocimiento al principio de que los derechos fundamentales preceden y limitan axiológicamente al poder (Estado).

Ciertamente, la teoría interpretativa precitada representa una grave amenaza para al Estado Constitucional Democrático, al fundarse en la idea de que la interpretación constitucional debe tener conformidad con una forma específica de Estado que subyace en la Constitución, pues, si la forma de Estado no fuere democrática sino, totalitaria, por ejemplo, el Estado Socialista postulado en la propuesta de reforma constitucional rechazada en referendo del 2 de diciembre de 2007, la interpretación sobre el contenido y alcance de preceptos y principios constitucionales debería estar absolutamente subordinada a esta forma de Estado, quedando sujeto a ésta no sólo el complejo axiológico y de principios inmersos en la idea de que la dignidad humana precede y limita al Estado, sino, además, lo relativo a la efectiva aplicación en el orden interno de cuerpos normativos supranacionales y supraconstitucionales como el de derechos humanos o de decisiones fundadas en éstos. Al efecto, de observarse que en los últimos años la Sala Constitucional ha venido imponiendo progresivamente este criterio, especialmente, en fallos relacionados con actos jurídicos inherentes a la construcción, al margen de la Constitución de 1.999¹⁰, del Estado Comunal Socialista, y en otros fallos relacionados con la

¹⁰ Al establecerse la legitimidad constitucional de la organicidad de leyes orgánicas dirigidas a la construcción del Estado Comunal Socialista: Sentencia N°. 1326, de fecha 16 de diciembre de 2010, que declara que la Ley Orgánica del Poder Popular tiene el carácter orgánico que le fuera atribuido; Sentencia N°. 1327, de fecha 16 de diciembre de 2010, que declara que la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular tiene el carácter orgánico que le fuera atribuido; Sentencia N°. 1328, de fecha 16 de diciembre de 2010, que declara que la Constitucionalidad del carácter

declaratoria de inejecutabilidad de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En consecuencia, al ser la dignidad humana un bien jurídico superior que precede y limita al Estado, resulta evidente que la interpretación constitucional debe orientarse a la preservación de la primacía de ésta y de los demás valores que le son inherentes, y no al revés, como postula la Sala Constitucional, pues, es la estructura axiológica subyacente en la Constitución la que determina la legitimidad ideológica y jurídica de cualquier proyecto político y no al revés.

6 LA INTERPRETACIÓN VINCULANTE EN VENEZUELA Y SUS REFERENTES EN EL DERECHO COMPARADO

El artículo 335 de la Constitución de 1.999, consagra la fuerza vinculante de las *“interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales”*, para las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, ello, *“con el objeto de garantizar la uniforme interpretación y aplicación de tales normas y principios...para fortalecer la justicia constitucional, darle eficacia al Texto Fundamental, y brindar mayor seguridad jurídica a los ciudadanos”* (Exposición de Motivos). La formulación precedente tiene como punto de partida la constatación de que la Constitución es un sistema jurídico-político fundamental, conformado no sólo por un texto, sino, además, por un entramado axiológico y de principios inmersos, inherentes y subyacentes que no tienen consagración constitucional expresa, cuya incolumidad corresponde preservar a la Sala Constitucional en tanto órgano que encarna a la jurisdicción constitucional.

La tarea de velar por la unidad, cohesión y congruencia de la Constitución comporta esencialmente la interpretación sobre el contenido y alcance de preceptos y principios constitucionales, para resolver sus lagunas, dudas, ambigüedades, contradicciones, y establecer la legitimidad o ilegitimidad constitucional de actos jurídicos infraconstitucionales. En esta perspectiva, la fuerza vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de preceptos y principios constitucionales, es indispensable para preservar la hegemonía e intangibilidad del marco globalizador a que se contrae la Constitución, en primer lugar, porque las interpretaciones que se extraen de las reglas o preceptos constitucionales se concretan a través de verdaderas *normas jurídicas (constitucionales)*, en tanto establecen el contenido o alcance de un precepto o principio constitucional precisando, modificando, ampliando o corrigiendo su redacción, se trata, en rigor, de una función cuasi auténtica como ha observado la Sala

orgánico de la Ley Orgánica de Contraloría Social; Sentencia N°. 1329, de fecha 16 de diciembre de 2010, que declara que la Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica del sistema Económico Comunal.

Constitucional (*Vid. Sentencia N° 1309/2001, caso: Hermann Escarrá*) o para constituyente como lo ha señalado *García de Enterría*, que erige a la jurisprudencia interpretativa en fuente directa de derecho constitucional y no en criterio auxiliar de la constitucionalidad.

De otra parte, como se sabe, los preceptos y principios constitucionales son interpretados no sólo por la Sala Constitucional, sino, también, por las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, en tal sentido, desde una perspectiva orgánica la fuerza vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de principios y preceptos constitucionales, representa el único mecanismo institucional que puede dar unidad, cohesión y congruencia al sistema constitucional, evitando disparidades en los criterios interpretativos de los distintos órganos jurisdiccionales que puedan conducir a distorsiones, incongruencias e incertidumbres constitucionales que terminen traduciéndose en un marasmo institucional. Para asegurar la hegemonía de los criterios interpretativos sobre el contenido y alcance de principios y preceptos constitucionales, la Sala Constitucional interpretando el dispositivo contenido en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de 1.999, que consagra el mecanismo jurisdiccional de revisión de sentencias de amparo, se auto atribuyó la potestad de revisar *todas* las sentencias emanadas de las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República que establezcan interpretaciones sobre el contenido y alcance de preceptos y principios constitucionales y de anularlas si se apartan de los criterios interpretativos establecidos por ella, (*Vid. Sentencia N°. 93/2001, caso: Corpoturismo*), precisando al efecto:

En consideración de lo anterior, ¿cómo podría esta Sala actuar como máxima autoridad y velar por la uniforme interpretación de la Constitución, si no puede revisar aquellas sentencias que interpreten erróneamente la Constitución? Es evidente que, con base en una interpretación integrada de la Constitución, y considerando su carácter de máxima autoridad constitucional, esta Sala posee la potestad para revisar las sentencias definitivamente firmes emanadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, siempre y cuando, por supuesto, dichas sentencias se refieran a sentencias que contengan interpretaciones o aplicaciones de la Constitución, y esto evidentemente actuando dentro de los límites establecidos por la propia Constitución. Es por ello, que la potestad de esta Sala para revisar sentencias definitivamente firmes de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia conforme con lo establecido en el artículo 335 del Texto Fundamental debe, primeramente, enmarcarse dentro de los límites establecidos en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, tal como fue previamente explanado.

De igual manera, debe tenerse presente que los preceptos constitucionales no pueden ser analizados o interpretados en forma independiente, por

cuanto, cada disposición forma parte de un marco constitucional globalizador absolutamente correlacionado que conforma el sistema constitucional, en tal sentido, desde una perspectiva sustantiva los preceptos constitucionales se encuentran condicionados y limitados entre sí, especialmente aquellos referidos a derechos fundamentales lo que impone la necesidad de una ponderación con carácter hegemónico entre éstos (*favor libertatis/favor Constitutione, pacta sunt servanda/rebus sic stantibus*, libertad/igualdad, libertad económica/protección al consumidor, libertad de expresión/protección al honor, derecho de propiedad/interés social), a los fines de evitar que valores fundamentales sean objeto de interpretaciones diversas, siendo ello así, sólo la interpretación cuasi auténtica o para constituyente de la Sala Constitucional, puede garantizar la cohesión, unidad y congruencia de la interpretación constitucional sobre el contenido y alcance de preceptos y principios constitucionales.

Precisado lo anterior, importa destacar que no todos los sistemas de derecho procesal constitucional atribuyen fuerza vinculante a los fallos interpretativos sobre el contenido y alcance de preceptos y principios constitucionales emanados de Tribunales Constitucionales; otros explican la obligatoriedad general de sentencias interpretativas mediante categorías jurídicas distintas como la cosa juzgada, o el precedente constitucional. En Alemania, el efecto vinculante está previsto en el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, conforme al cual, las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, así como a todas las autoridades administrativas. Por su parte, en España, el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que todos los poderes públicos están sujetos a las sentencias recaídas en procedimientos de control de la constitucionalidad de las leyes, lo cual, es expresión del “*efecto vinculante*” y no de la cosa juzgada, también, referida en ese artículo; asimismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, consagra en su artículo 5.1, que todos los jueces y tribunales interpretarán las leyes y reglamentos “*según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*”. En Italia, no existe consagración constitucional expresa de la fuerza vinculante de los fallos interpretativos de normas y principios constitucionales, sin embargo, el artículo 136 de la Constitución prevé la eficacia inmediata de las sentencias que declaren la ilegitimidad constitucional de una norma legal, dispositivo que adquiere fuerza vinculante por su concordancia con lo dispuesto en el artículo 137, en relación a la inadmisibilidad de recurso alguno contra los fallos de la Corte Constitucional, lo que se traduce en la obligación general de sujeción al fallo.

En Costa Rica el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, también, prevé el efecto vinculante de las sentencias interpretativas de normas o

principios constitucionales. En Colombia, la Constitución de 1.991 no reconoce fuerza vinculante a los fallos interpretativos de preceptos y principios constitucionales, por el contrario, el artículo 230 acogió la formulación tradicional sobre la fuerza vinculante de la ley y el carácter meramente auxiliar de la jurisprudencia. No obstante esta formulación, la Corte Constitucional a partir de la Sentencia N° C-037/1.996, que establece el carácter general obligatorio de sus interpretaciones “*por vía de auctoritas*” ha venido reconociendo la fuerza vinculante de sus interpretaciones constitucionales, de manera concreta la Sentencia N° C-836/2001, a partir de la distinción entre precepto y norma estableció que “*la interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del ‘imperio de la ley’ a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución*”. En Argentina, tampoco existe consagración constitucional ni legal expresa sobre la fuerza vinculante de los fallos interpretativos de normas o principios constitucionales emanados de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, un sector de la doctrina, entre ellos *Bidart Campos*¹¹, ha sostenido que la “*interpretación que la Corte hace de la constitución adquiere, en primer lugar, y según nuestra óptica, la misma jerarquía de la constitución suprema (...) y de aquí en más no nos cuesta demasiado proponer el seguimiento obligatorio de su jurisprudencia constitucional por todos los tribunales del país (...) cuando en causas análogas deben aplicar la misma norma que la Corte interpretó constitucionalmente*”, cabe señalar que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como los demás tribunales federales y provinciales, no han asumido una posición unívoca en relación al seguimiento de los fallos interpretativos de normas constitucionales, ni como precedente persuasivo ni como efecto vinculante.

7 CONTENIDO VINCULANTE DE LAS INTERPRETACIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En Venezuela la doctrina y la jurisprudencia de derecho procesal constitucional coinciden en que no todos los fallos proferidos por la Sala Constitucional ni todo lo considerado o decidido en ellos, tienen fuerza vinculante para el sistema jurídico, sin embargo, no coinciden en establecer cuál es la parte o contenido verdaderamente vinculante de una sentencia en la que la Sala Constitucional haya establecido una interpretación vinculante sobre el contenido o alcance de preceptos y principios constitucionales. En esta perspectiva, ciertas corrientes doctrinarias, entre ellos *Casal*¹², afirman que lo vinculante es el *holding* o *ratio decidendi* de la sentencia

¹¹ *Bidart Campos, Germán “La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional”,* Buenos Aires, EDIAR, 1987, págs. 273-274.

¹² *Casal, Jesús María, “Constitución y Justicia Constitucional”,* Caracas, UCAB, 2005, pág. 251.

que estableció la interpretación constitucional, expresión latina ésta que significa literalmente “razón para decidir” o “razón suficiente”, con lo cual, se hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

Sin embargo, resulta preciso advertir que la jurisdicción constitucional no conoce de un solo tipo de procesos constitucionales, sino, de manera general, de diversos procesos de distinta naturaleza y alcance, razón por la cual, la parte esencial, núcleo central o contenido vinculante de las sentencias interpretativas de la Sala Constitucional, va a variar según la naturaleza del proceso en que hayan sido dictadas, por ello, no sería correcto afirmar que el contenido vinculante de una sentencia interpretativa de normas y principios constitucionales es la *ratio decidendi* o *holding*, sin haberse precisado la naturaleza del proceso constitucional en que dicho fallo fue proferido.

7.1 Contenido Vinculante de las Sentencias Dictadas en el Marco de Procesos en los que se Solicitó la Interpretación Abstracta de Normas o Principios Constitucionales

En esta categoría de procesos constitucionales el contenido vinculante de las sentencias interpretativas será la *ratio decidendi*, pues, ésta constituye el núcleo central del fallo proferido, integrado por los considerandos fundamentales que dilucidarán las dudas generadas por antinomias, oscuridad o contradicciones de preceptos y principios constitucionales, sometidos a interpretación abstracta con la finalidad de precaver conflictos innecesarios o juicios inútiles, al conocerse previamente cuál es el sentido y alcance de los principios y normas constitucionales necesarios para el desarrollo del Estado y sus poderes, y de los derechos humanos de los ciudadanos, por tanto, en estas sentencias el *holding* representa la norma constitucional, esto es, la verdadera esencia y extensión de los términos que forman la regla constitucional. Generalmente, esta *ratio decidendi*, es incorporada a la decisión concreta del fallo proferido en el marco de un proceso de interpretación abstracta de preceptos y principios constitucionales.

De esta manera, el contenido vinculante en los fallos proferidos por la Sala Constitucional en sentencia N°. 285, de fecha 4 de marzo de 2004, caso: *Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia*, está representado tanto por la *ratio decidendi* que llevó a la Sala Constitucional a establecer las interpretaciones constitucionales, como por el dispositivo del referido fallo que ordena la publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial:

Por lo expuesto, esta Sala declara que el artículo 304 de la Constitución de la República debe ser interpretado en el sentido

exacto de su letra: que las aguas son del dominio público de la República, aprovechables en beneficio colectivo. Ese dominio ejercido por el Poder Nacional no acepta la exclusión del poder de los otros entes territoriales –en especial los municipios, a través de los impuestos sobre actividades económicas- sobre las actividades que se desarrollen en o bajo las mismas, salvo excepción expresa.

...*omissis*...

En tal virtud, la primera parte del artículo 180 de la Constitución debe entenderse como la separación del poder normativo de la República y los estados respecto del poder tributario de los municipios. De esta manera, aunque al Poder Nacional o estatal corresponda legislar sobre determinada materia, los municipios no se ven impedidos de ejercer sus poderes tributarios, constitucionalmente reconocidos. Lo anterior, aplicado al caso de autos, implica que los municipios pueden exigir el pago de los impuestos sobre actividades económicas, aunque la regulación de esa actividad sea competencia del Poder Nacional o de los estados, salvo que se prevea lo contrario para el caso concreto. Así se declara

...*omissis*...

SEGUNDO: ORDENA, en virtud de que se ha establecido una interpretación vinculante de normas constitucionales, la publicación íntegra de este fallo en la Gaceta Oficial de la República, en cuyo sumario deberá indicarse: “Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contenido de la interpretación vinculante de los artículos 304, 156 y 180, primera parte, de la Constitución de la República.

Lo mismo puede predicarse del fallo proferido con ocasión de la solicitud de interpretación abstracta de normas constitucionales que hiciera *Shell de Venezuela*; sentencia N°. 1892, de fecha 18 de octubre de 2007¹³, en el que además se ordena su publicación en el sitio *web* del Tribunal Supremo de Justicia:

En virtud de que se ha establecido una interpretación vinculante de normas constitucionales, se ORDENA la publicación íntegra de este fallo en la Gaceta Oficial de la República, en cuyo sumario deberá indicarse: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contenido de la interpretación vinculante de los artículos 12, 156, numerales 12, 16 y 32; 179, numeral 3; 180; 183, numeral 1; y 302, de la Constitución de la República.*”

Se ORDENA asimismo la mención en la pagina principal del sitio de Internet de este Alto Tribunal con el siguiente texto: “*Sala Constitucional: interpretación vinculante de los artículos 12, 156, numerales 12, 16 y 32; 179, numeral 3; 180; 183, numeral 1; y 302, de la Constitución de la República. Se fija criterio sobre: 1) la*

¹³ Otros fallos en igual sentido, han sido: N°. 1415, de fecha 22 de noviembre de 2000, caso: *Freddy Rangel Rojas*; N°. 1563, de fecha 13 de diciembre de 2000, caso: *Alfredo Peña*. Sobre el mismo tema, ver sentencias de la Sala Constitucional: N°. 1761, de fecha 25 de septiembre de 2001, caso *Yolanda Sánchez García*; N°. 2600, de fecha 25 de septiembre de 2003, caso *Jorge Luis Da Silva*; N°. 2434, de fecha 11 de octubre de 2002, caso *Julio César Caldera*; N°. 1656, de fecha 3 de septiembre de 2001, caso *Carmen Aguiar*; N°. 2714, de fecha 30 de diciembre de 2002, caso *Julián Isaías Rodríguez*; N°. 916, de fecha 1 de julio de 2001, caso *Ramón Crassús y otros*; N°. 1011 de fecha 30 de mayo de 2002, caso *Mauricio Rivas*; N°. 226 de fecha 20 de febrero de 2001, caso *Germán Munderaín y otros*; N°. 793, de fecha 11 de abril de 2002, caso, *Nelson Farías*; N°. 2399, de fecha 28 de agosto de 2003, caso *Eurípides Salvador Ribullén y otros*; N°. 1270, de fecha 29 de mayo de 2003, caso *Alejandro González Valenzuela y otros*; N°. 1454, de fecha 22 de noviembre de 2000, caso *Good Year de Venezuela C.A.*; N°. 1746, de fecha 31 de julio de 2002, caso *Alejandra Margarita Stelling*; N°. 2608, de fecha 23 de octubre de 2002, caso *José Manuel Sánchez*; N°. 1309, de fecha 19 de julio de 2001, caso *Herman Escarrá*; N°. 1892, de fecha 18 de octubre de 2007, caso *Shell de Venezuela S.A.*

tributación en el caso de empresas dedicadas a la industria y comercio de hidrocarburos; 2) el alcance del impuesto municipal a la actividad económica respecto de empresas contratistas o concesionarias de la República; 3) el impuesto local sobre actividad económica en el sector de servicios; y 4) el poder sancionatorio local en materia tributaria”.

7.2 Contenido Vinculante de las Interpretaciones Constitucionales Establecidas en Controversias Concretas

Por su parte, en las sentencias que resuelven una concreta controversia de naturaleza constitucional, el contenido vinculante no estará constituido necesariamente por la *ratio decidendi*, sino, por aquellos considerandos que sin referirse al fondo de la cuestión controvertida dilucidan una duda interpretativa sobre el alcance y contenido de preceptos y principios constitucionales, que ha sido advertida con ocasión del fallo mismo, o solicitada a los fines de resolver el fondo de la controversia; en la praxis de la jurisdicción constitucional los fallos que de manera mas recurrente han establecidos criterios interpretativos con fuerza vinculante han sido los amparos constitucionales y la revisión de sentencias. Así ocurrió con la sentencia N°. 1013, de fecha 12 de junio de 2.001, caso: *Elías Santana*, en la que la Sala Constitucional, junto con declarar improcedente (*in limini litis*) la acción de amparo intentada estableció una interpretación vinculante de los artículos 57 y 58 de la Constitución de 1999, referidos a la libertad de expresión y a la libertad de información.

Este tipo de interpretaciones queda más evidenciado en la sentencia N°. 93, de fecha 6 de febrero de 2001, caso: *Corpoturismo*, mediante la cual, la Sala Constitucional, en el marco de un amparo constitucional (luego mutado a revisión constitucional), estableció una nueva interpretación del supuesto normativo contenido en el artículo 336.10 del Texto Fundamental, al establecer:

Por consiguiente, esta Sala considera que la propia Constitución le ha otorgado la potestad de corregir las decisiones contrarias a las interpretaciones preestablecidas por la propia Sala o que considere la Sala acogen un criterio donde es evidente el error en la interpretación de la normas constitucionales. Esto tiene el propósito de imponer la potestad constitucional de la Sala Constitucional de actuar como “máximo y último intérprete de la Constitución”. Se desprende entonces del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que esta norma establece expresamente la potestad de revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes que se aparten de la interpretación que de manera uniforme debe imponer esta Sala. Posee entonces potestad esta Sala para revisar tanto las sentencias definitivamente firmes expresamente establecidas en el numeral 10 del artículo 336 contra aquellas, tal como se dejó sentado anteriormente, así como las sentencias definitivamente firmes que se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido esta

Sala, lo que en el fondo no es más que una concepción errada del juzgador al realizar el control de la constitucionalidad, y así se declara.

7.3 Contenidos Interpretativos no Vinculantes

En ciertas ocasiones la Sala Constitucional ha considerado necesario hacer algunos pronunciamientos, que sin referirse al núcleo central de la controversia objeto de la decisión ni a una interpretación constitucional, sirven para afincar o complementar la solución judicial adoptada, a estos razonamientos se les denomina *obiter dicta*.

Al efecto, no puede haber ninguna duda respecto de que los *obiter dicta* no pueden formar parte del contenido vinculante de una sentencia, por cuanto, se trata de consideraciones suplementarias a la *ratio decidendi* que persiguen únicamente afincar un aspecto del fallo, pero, no constituyen fundamento de éste ni pueden contener aclaratorias sobre dudas interpretativas de preceptos constitucionales o legales, por ello, resulta reprochable el carácter vinculante que se atribuyera al *obiter dictum* en fallo dictado por la Sala Constitucional en fecha 23 de noviembre de 2007 (caso: *Graells José Wettel Velásquez*), por cuanto, este órgano jurisdiccional constitucional al disipar una duda interpretativa sobre el sentido de un dispositivo legal, debió justificar el carácter vinculante de la interpretación realizada en su deber de preservar el orden público constitucional que le obligaba a establecer de oficio dicha interpretación.

Ciertamente, la Sala Constitucional señaló:

Es decir, que al hacer la aplicación extensiva de la sentencia citada supra, debe entenderse que el lapso de 96 horas indicado en el artículo anterior, es en realidad un lapso de 4 días, razón por la cual los operadores de justicia al fijar dicha oportunidad deberán aplicar el criterio que de manera vinculante se establece a partir de la presente sentencia. A pesar de lo antes indicado, al tratarse la audiencia pública de un acto, debe fijarse a todos los efectos legales y jurisprudenciales una hora para su realización, dentro del aludido lapso. Así se decide.

De otra parte, tampoco puede ser vinculante la totalidad de las consideraciones jurídicas estatuidas en la parte motiva de un fallo interpretativo de preceptos y principios constitucionales, tal como lo ha pretendido la Sala Constitucional, con ocasión de la sentencia N°. 1013, de fecha 12 de junio de 2.001, caso: *Elías Santana*, en el que al inicio de la parte considerativa del fallo hace la siguiente advertencia: "*A continuación pasa la Sala a decidir, lo que será doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental*"; tal advertencia, es absolutamente fuera de lugar desde el punto de vista de la técnica interpretativa, por cuanto, la Sala Constitucional debió circunscribir la fuerza vinculante

del fallo interpretativo, únicamente, a las consideraciones de tipo interpretativo que se hacen en el fallo sobre el contenido y alcance de los artículos 57 y 58 de la Constitución de 1999.

7.4 Carácter Vinculante de las Interpretaciones Legales Establecidas por la Sala Constitucional

Otra relevante función jurisdiccional que forma parte del contenido del *derecho procesal constitucional* venezolano, está establecida en los numerales 1 al 4 del artículo 336 de la Constitución de 1999, conforme a los cuales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tiene competencia expresa para declarar con carácter *erga omnes* y eficacia *ex tunc*, la nulidad por ilegitimidad constitucional de actos normativos infraconstitucionales, esto es, leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional y del Ejecutivo Nacional, dictados, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, así como, de leyes estatales y Ordenanzas municipales; y cualquier otro acto de este rango dictado por un órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

Esta función es universalmente conocida como función de *Control concentrado de la constitucionalidad*, se le conoce, también, como control represivo de la constitucionalidad; y, debido a la influencia *kelseniana*, como función de *legislador negativo*, pues, al ejercerla, los tribunales constitucionales se asemejan más a un órgano legislativo que a uno propiamente jurisdiccional. Sin embargo, con el tiempo, los Tribunales Constitucionales, en mérito de no incursionar pura y simplemente en ejercicio de la legislación negativa, desarrollaron la doctrina normativa conservacionista, y ejerciendo una función más propiamente jurisdiccional, comenzaron a procurar interpretaciones de la norma legal conforme al Texto Fundamental, para evitar con ello su expulsión del sistema jurídico. Esta modalidad interpretativa, tuvo como fundamento a los principios *de unidad de la función jurisdiccional*, y *de presunción de legitimidad constitucional*, en virtud de los cuales, el órgano *jurisdiccional constitucional* al ejercer el control concentrado o represivo de la constitucionalidad, está facultado no sólo para establecer la legitimidad o ilegitimidad constitucional de las leyes, sino, además, para establecer interpretaciones más compatibles con la norma constitucional. De acuerdo con *Casal* "*Es indudable que la pura interpretación legal llevada a cabo por dicha Sala, al resolver una acción, solicitud o recurso, no posee fuerza vinculante. Pero si pueden ostentarla las aseveraciones de dicha Sala acerca de la interpretación constitucionalmente necesaria de una disposición legal o, en sentido*

*inverso, acerca de la interpretación constitucionalmente excluida de un precepto legal*¹⁴, criterio que compartimos plenamente.

En esta perspectiva, cuando la Sala Constitucional, entra a conocer de una solicitud de nulidad por inconstitucionalidad de una norma de rango legal, debe acogerse, primero, al principio normativo conservacionista¹⁵, conforme al cual, la declaratoria de inconstitucionalidad resulta procedente, sólo, si la interpretación o las interpretaciones posibles de la norma legal impugnada, resultan, también, incompatibles con la Constitución¹⁶.

En consecuencia, la Sala Constitucional al ejercer control de la constitucionalidad sobre normas legales, actúa, también, como *legislador judicial*, positivo, al establecer una interpretación conforme a una norma legal de la Constitución, en lugar de pronunciar su nulidad por inconstitucionalidad. Estas decisiones se conocen como desestimatorias, entre las cuales, cabe distinguir las de adición, sustitución y manipulación¹⁷.

La doctrina y la jurisprudencia¹⁸ han clasificado a los fallos, en los que la *jurisdicción constitucional* actúa como legislador positivo, como *sentencias interpretativas de rechazo* y *sentencias interpretativas de acogida*¹⁹, o, *sentencias interpretativas desestimatorias* y *sentencias interpretativas estimatorias*²⁰, a saber:

a) *Sentencias interpretativas de rechazo o desestimatorias*

Serían aquellas que en la *ratio decidendi* establecen la legitimidad constitucional de la norma legal bajo examen, siempre y cuando sea interpretada conforme al análisis asentado por el juez constitucional.

b) *Sentencias interpretativas estimatorias o de acogida*

Serían aquellas que establecen la multivocidad de una disposición legal, esto es, que una disposición legal tiene múltiples acepciones. En estos casos, la sentencia debe suprimir la o las interpretaciones erróneas y señalar el verdadero sentido y alcance de la misma, a cuyo efecto, podrá *suprimir, adicionar* o *sustituir* una parte del texto legal, a saber:

a) Desde esta perspectiva, serían *sentencias supresivas* aquellas que deben acordar que la norma es inconstitucional por aquello "*que dice*", por lo cual, su sentido y alcance debe ser restringido;

¹⁴ Casal, Jesús María, ob. cit., pág. 272.

¹⁵ De acuerdo con este principio se presume la constitucionalidad de los actos emanados de los órganos del Poder Público, y quién esté interesado en su nulidad debe solicitarla.

¹⁶ Sentencia N° 2855, de la Sala Constitucional, caso: *Ley de Tierras*, de fecha 20 de noviembre de 2002.

¹⁷ Ver Sentencias Nros. 952 de 2.003, y, 301 de 2.007, de la Sala Constitucional.

¹⁸ Sentencia de la Sala Constitucional N° 952, de fecha 29 de abril de 2003, caso: *Margarita Farías Rodríguez*, y sentencia N° 301, de fecha 27 de febrero de 2007, caso: *Adriana Vigilancia y otro*.

¹⁹ Nomenclatura de *Biscaretti di Ruffia*, citado en sentencia de la Sala Constitucional N° 952, de fecha 29 de abril de 2003, caso: *Margarita Farías Rodríguez*.

²⁰ Nomenclatura de *José Peña Solís*, citado en sentencia de la Sala Constitucional N° 952, de fecha 29 de abril de 2003, caso: *Margarita Farías Rodríguez*.

b) Serían *sentencias aditivas*, aquellas que deben acordar la inconstitucionalidad de la norma legal por aquello “*que no dice*”, por lo que debe establecer en su motivación el análisis sobre el cual existe el vacío legal;

c) Serían *sentencias sustitutivas* o *manipulativas*, aquellas en las que se sustituye una parte del texto legal para adecuarlo o hacerlo conforme a los requerimientos constitucionales.

8 EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Frecuentemente, la doctrina constitucional nacional y comparada tiende a definir el concepto de precedente como sinónimo de jurisprudencia vinculante, sin embargo, dicha práctica omite importantes circunstancias relativas a la configuración de este concepto que dan lugar a una visión errada de éste. Al efecto, debe tenerse presente que la noción de precedente, originaria del *Common Law*, tiene una connotación precisa en los sistemas de control difuso o integral de la constitucionalidad, pues, en éstos la *legal rule*, no es obra de la ley, sino, del juez al razonar su decisión, por lo cual, la seguridad jurídica exige que éste quede vinculado hacia el futuro por la regla que él mismo creó, vinculación que, además, se produce de manera horizontal y respecto de los tribunales de inferior jerarquía. En esta perspectiva, no debe olvidarse que Venezuela ostenta un sistema de control de la constitucionalidad mixto (preventivo, difuso, y concentrado), siendo ello así, en tanto adhiere al sistema difuso, parece lógico asumir que la noción de precedente debiera tener en Venezuela la misma connotación que adquiere en los países de control difuso de la constitucionalidad. Sin embargo, el problema conceptual con la noción de precedente se presenta cuando se pretende -en los sistemas mixtos como el nuestro- llevarla del ámbito del control difuso al ámbito del control concentrado de la constitucionalidad, pues, con esta traspolación no sólo se distorsionará y perderá su esencia, sino, además, adquirirá dos connotaciones totalmente diferentes una respecto del sistema difuso donde se le identifica con el *stare decisis*, y otra respecto del sistema concentrado, donde se le identifica usual y equívocamente con la jurisprudencia constitucional vinculante.

La Sala Constitucional en algunos fallos se ha identificado con esta última vertiente, y también, autores como *Casal* quién identifica la interpretación constitucional vinculante con el precedente vinculante o constitucional, cuando señala que la “*Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha acudido con frecuencia a la categoría del precedente, y a la noción de ratio decidendi, para delimitar los efectos vinculantes de sus pronunciamientos...la aplicación (y extensión analógica) de precedentes permite establecer de manera paulatina una línea jurisprudencial o*

doctrina judicial vinculante, dotada de una especial solidez, al ser fruto de la confrontación reiterada con la casuística jurídica²¹. Por su parte, la Sala Constitucional ha establecido, expresamente en la sentencia N°. 1309/2001, lo siguiente:

Por supuesto que la eficacia de la norma individualizada para el caso resuelto implica la interpretación vinculante de las normas constitucionales que ha sido establecida para resolver el problema, ya que, siendo la norma individualizada, eo ipso, decisión del caso concreto, el contenido y el alcance de su motivación normativa quedan ligados, tópicamente, al problema decidido, y su obligatoriedad sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente (stare decisis) [precedente vinculante, aceptar lo decidido]. Si esto es así, la interpretación de la jurisprudencia obligatoria y la determinación de la analogía esencial del caso objeto de consideración judicial son indispensables para que la jurisprudencia sea aplicable a un caso análogo. Como dice Carl Schmitt “el caso precedente estaría entonces incluido en su decisión y sería el paradigma concreto de los casos subsiguientes, los cuales tienen su derecho concreto en sí mismos, no en una norma o en una decisión. Cuando se considera al nuevo caso como un caso igual al precedente, en su igualdad concreta queda incluido también el orden que aparecía en la decisión judicial previa” (Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1996, trad. de Monserrat Herrero, p. 61). Como se verá de inmediato la acción de interpretación constitucional del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela está severamente restringida por la técnica fundamental y por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, entre otras cosas, porque la jurisdicción constitucional, aun como jurisdaticio, no puede afectar el principio de la división del poder ni autorizar la injerencia en la potestad de los demás poderes públicos y, mucho menos, vulnerar el principio de la reserva legal”. (resaltado nuestro).

En virtud de lo expuesto precedentemente, resulta preciso deslindar lo que es en Venezuela la interpretación constitucional vinculante, que se materializa únicamente cuando se hace una interpretación sobre el contenido y alcance de preceptos y principios constitucionales, concretizados en la ampliación, corrección, o modificación del sentido de una regla constitucional, dando origen a una norma constitucional cuya observancia es obligante para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y todos los tribunales de la República. Por su parte, el precedente estaría asociado a aquellas sentencias de la Sala Constitucional que sin tener carácter o fuerza vinculante, debido a que no interpretan el contenido y alcance de preceptos constitucionales, sí establecen criterios con valor *erga omnes*, en tanto colman vacíos o insuficiencias existentes en la legislación, este tipo de precedentes se ha desarrollado fundamentalmente en la denominada jurisdicción normativa, en la que se ha modificado el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Amparo Constitucional, se ha

²¹ Casal, Jesús María, ob. cit., pág. 275.

establecido la legitimación en materia de intereses difusos o colectivos, la acción de *Habeas Data*, entre otros²².

En tal sentido, en Venezuela, el precedente constitucional tendrá únicamente valor en su modalidad persuasiva, esto es, en aquellos casos emblemáticos en los que no se establecieron interpretaciones vinculantes sobre el alcance y el sentido de normas y principios constitucionales, aún cuando, se hayan hecho interpretaciones conforme a la Constitución, tal como ocurrió, en las sentencias dictadas en el caso *José Zamora Quevedo*, N^o. 77, de fecha 19 de marzo de 2000; en el caso *INTANA* de fecha 4 de agosto de 2000; en el caso *Festejo Mar*, de fecha 19 de julio de 2005; en el caso *Federación Médica Venezolana*, de fecha 26 de mayo de 2004; en el caso *Margarita Farias de Rodríguez*, de fecha 29 de abril de 2003; entre otros.

En todos estos casos, la Sala Constitucional, si bien, no estableció una interpretación vinculante sobre el alcance sentido y de normas y principios constitucionales, estableció precedentes constitucionales cuya inobservancia resulta impensable, por ejemplo, en el caso *José Zamora Quevedo* se estableció la tesis de orden público constitucional y fraude procesal, por ende la posibilidad de actuación de oficio de la Sala Constitucional, o el caso *INTANA*, donde se estableció la no caducidad del lapso para intentar la acción de amparo, si la lesión denunciada afecta de manera ostensible al orden público, etc..

Es por ello, que discrepamos del criterio de *Casal*²³ en el sentido de que la Sala Constitucional ha acudido, supuestamente, con frecuencia a la categoría del precedente para delimitar los efectos vinculantes de sus pronunciamientos, como habría ocurrido en el caso *Hermán Escarrá* y en decisiones posteriores, al distinguir entre la interpretación abstracta y la que se produce en situaciones particulares, por cuanto, la interpretación constitucional sobre el alcance y contenido de una norma o un principio constitucional, será vinculante, con independencia del mecanismo procesal en el que se establezca, es decir, ya sea, en el marco de una solicitud de interpretación abstracta de la Constitución; en el marco del ejercicio del control de constitucionalidad de una ley; en el marco de un amparo constitucional; en el marco de una revisión de sentencia; etc.. Por su parte, la interpretación vinculante sobre el sentido y alcance de normas y principios constitucionales, es la que establece la Sala Constitucional con ocasión de la interpretación abstracta o concreta de preceptos constitucionales, la cual, vincula no sólo por ser el criterio de la máxima instancia interpretativa en materia

²² Ver sentencias N^o. 1, de fecha 20 de enero de 2000, caso: *Emery Mata*; N^o. 7, de fecha 1 de febrero de 2000, caso: *José A. Mejías*; N^o. 1571, de fecha 22 de agosto de 2001, caso: *ASODEVIPRILARA*; N^o. 2673, de fecha 14 de diciembre de 2001, caso *DHL Fletes Aéreos C.A.*; N^o. 332, de fecha 14 de marzo de 2001, caso *INSACA*, N^o. 656, de fecha 30 de junio de 2002, caso: *Dilia Parra Guillén*, entre otras.

²³ *Casal Jesús María*, ob. cit. pág. 275

constitucional, sino, además, porque así lo prescribe el artículo 335 de la Constitución Nacional.

9 CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto en los numerales precedentes, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1 Gracias a la fuerza hegemónica del principio de supremacía de la Constitución el nudo poder ha devenido en poder jurídico legítimo, lo cual, sitúa a este principio como una de las grandes conquistas democráticas al erigirse en el fundamento del Estado Constitucional Democrático encarnado en el *gobierno de las leyes* que a partir del fin de la segunda guerra mundial ha venido desplazando al arbitrario Estado Legislativo de Derecho encarnado en el *gobierno de los hombres*, del *jefe carismático* o del *legibus solutus* (Bobbio).

2. La dignidad humana es un bien jurídico superior que precede y limita al Estado, por tanto, la interpretación constitucional debe orientarse a la preservación de la primacía de ésta y de los demás valores que le son inherentes, y no al revés, como postula la Sala Constitucional, pues, es la estructura axiológica subyacente en la Constitución la que determina la legitimidad ideológica y jurídica de cualquier proyecto político.

3. La fuerza vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional es indispensable para preservar la hegemonía e intangibilidad del marco globalizador a que se contrae la Constitución, en primer lugar, porque las interpretaciones que se extraen de las reglas constitucionales se concretan a través de verdaderas *normas jurídicas (constitucionales)*, en tanto establecen el contenido o alcance de un precepto o principio constitucional precisando, modificando, ampliando o corrigiendo su redacción, se trata, en rigor, de una función cuasi auténtica como ha observado la Sala Constitucional.

4. La jurisdicción constitucional no conoce de un solo tipo de procesos constitucionales, sino, de manera general, de diversos procesos de distinta naturaleza y alcance, razón por la cual, la parte esencial, núcleo central o contenido vinculante de las sentencias interpretativas de la Sala Constitucional, va a variar según la naturaleza del proceso en que hayan sido dictadas, por ello, no sería correcto afirmar que el contenido vinculante de una sentencia interpretativa de normas y principios constitucionales es la *ratio decidendi* o *holding*, sin haberse precisado la naturaleza del proceso constitucional en que dicho fallo fue proferido.

5. En Venezuela la interpretación constitucional vinculante se materializa únicamente cuando se hace una interpretación sobre el contenido y alcance de preceptos y principios constitucionales, concretizados en la ampliación, corrección, o modificación del sentido de una regla constitucional, dando origen a una norma constitucional cuya observancia es obligante para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y todos los tribunales de la República.

6. Por su parte, el precedente estaría asociado a aquellas sentencias de la Sala Constitucional que sin tener carácter o fuerza vinculante, debido a que no interpretan el contenido y alcance de preceptos constitucionales, sí establecen criterios con valor *erga omnes*, en tanto colman vacíos o insuficiencias existentes en la legislación, este tipo de precedentes se ha desarrollado fundamentalmente en la denominada jurisdicción normativa.

EL CONTROL DIFUSO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. EN REFERENCIA AL CASO PERUANO A PROPÓSITO DEL EXPEDIENTE N° 00025-2010-PI/TC

DIFFUSE CONSTITUTIONAL CONTROL IN STATE CONSTITUTIONAL. IN REFERENCE TO THE CASE CONCERNING THE RECORD PERUVIAN No. 00025-2010-PI/TC

David Aníbal ORTIZ GASPAR¹
En memoria al doctor Andrés Marsano Porras

RESUMEN: A través del presente artículo he desarrollado un breve estudio en torno a lo que debe entenderse por la figura del control constitucional difuso de las normas jurídicas en el marco de nuestro Estado Constitucional. Para ello me he valido de la doctrina autorizada y de la valiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. Considero que es obligación de todo constitucionalista o aspirante a constitucionalista salir en defensa de nuestras instituciones jurídico-constitucionales, dado que referidas figuras no son fruto de una noche de pensamiento, sino son resultado de un largo proceso que llevó décadas en consolidarse. En ese sentido, me siento satisfecho al haber participado en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR, puesto que precitada norma regional pretendía desvirtuar la figura del control constitucional difuso de las normas jurídicas al inaplicar el artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED.

ABSTRACT: Through this article I have developed a short survey about what is meant by the figure of diffuse constitutional control of the legal rules under our Constitutional State. For this I have used the doctrine of the valuable authorized and jurisprudence of the Constitutional Court of Peru. I think it is the duty of every constitutionalist or aspirant constitutional stand up for our constitutional legal institutions, as mentioned figures are not the result of a night of thinking, but are the result of a long process that took decades to consolidate. In that sense, I am pleased to have participated in the process of constitutional proceedings against the Regional Ordinance No. 004-2010-GRA/CR, as aforementioned regional standard intended to distort the figure of diffuse constitutional control of the legal rules to disapply the Article 1 of Supreme Decree No. 002-2010-ED.

1 A MODO DE INTRODUCCIÓN

Con bastante emoción redacté el presente artículo, ya que cuando laboraba en la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo elaboré el proyecto de demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional

¹ Estudios de Derecho por la Universidad de San Martín de Porres; Becario por la Asociación MARSAS; Coordinador General del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres; Curso de especialización en Jurisdicción, Derechos Humanos y Democracia por la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en convenio con la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Curso de especialización en Argumentación Jurídica por la Universidad Antonio Ruiz Montoya; Curso de especialización en Neoconstitucionalismo, Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica por la Universidad de Piura; Curso en Control Interno en las Instituciones Públicas por la Universidad ESAN. Autor de diversos ensayos y artículos jurídicos publicados en Perú y el extranjero. Editor General de la revista Estado Constitucional. En la actualidad labora en el Área Constitucional del Estudio PAZ DE LA BARRA. Correo Electrónico: david.ortiz@estadoconstitucional.org

N° 004-2010-GRA/CR², la misma que fue expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho. La norma impugnada declaraba en su artículo primero la *inaplicabilidad* del artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED³, en toda la jurisdicción de la Región de Ayacucho, porque supuestamente resultaba una norma inconstitucional que vulneraba el inciso 2) del artículo 2°, -que establece la igualdad ante la Ley-, asimismo los incisos 1) y 2) del artículo 26°, -referente al acceso a un empleo público en condiciones de igualdad- de la Constitución Política de 1993. Además, por medio del artículo segundo de la ordenanza regional bajo comentario se encargaba a la Dirección Regional de Educación de Ayacucho la supuesta implementación de un procedimiento que garantice el derecho al acceso a un empleo público en condiciones de igualdad. Como se puede observar, el Gobierno Regional de Ayacucho a través de la dación de la ordenanza regional antes mencionada se apartaba de las políticas públicas diseñadas por el Ministerio de Educación y SERVIR.

El Gobierno Regional de Ayacucho al expedir la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR se atribuyó arbitrariamente competencias que conforme a la Constitución Política de 1993 y al bloque de constitucionalidad sobre la materia, corresponde al Poder Ejecutivo (Ministerio de Educación y SERVIR) la competencia de regular y establecer los requisitos para el nombramiento del personal docente y no a los gobiernos regionales. Este problema comúnmente se presenta en nuestro país, dado que lamentablemente algunas de nuestras autoridades aún no asimilan que la autonomía política, económica y administrativa que poseen, tanto los gobiernos locales (autonomía establecida en el artículo 194° de la Constitución Política), como los gobiernos regionales (autonomía establecida en el artículo 191° de la Constitución Política) no es sinónimo de autarquía, tal como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional a través del Fundamento Jurídico N° 6 del Expediente N° 00032-2005-AI/TC.

Ante lo expresado en el párrafo anterior, la defensa del Poder Ejecutivo a través de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional *prima facie* pudo realizar mecánicamente una simple argumentación en su demanda de inconstitucionalidad -respecto al *Test* de la competencia- y demostrar al Tribunal Constitucional que la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR⁴ es inconstitucional

² Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de febrero del 2010.

³ Publicado en el diario el diario oficial *El Peruano* el 15 de enero del 2010, la misma que establece las normas que regirán la contratación de personal docente en instituciones educativas públicas de Educación Básica y Educación Técnico – Productiva para el año 2010, siendo que en su artículo 1° establece que dicha contratación se realizará en estricto mérito, el cual deberá obtenerse de los resultados de la Prueba Única Nacional que se aplicó el día 15 de noviembre de 2009.

⁴ La Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR publicada el 17 de febrero del 2010, está conformada por tres artículos, la misma que en su Artículo Primero declara la inaplicabilidad del Artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED, en la Jurisdicción de la Región Ayacucho, señalando que es de competencia del Gobierno Regional precitado, regular las políticas de educación. Además, porque a entender de señalado Gobierno regional el artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED, es una norma inconstitucional. Asimismo, en su Artículo Segundo encarga a la Dirección Regional de Educación de Ayacucho, para que implemente un procedimiento que garantice el derecho

por atribuirse competencias que conforme a la Ley Fundamental y al bloque de constitucionalidad sobre la materia, corresponde al Poder Ejecutivo (Ministerio de Educación y SERVIR) la competencia de regular el acceso del personal docente y no al Gobierno Regional de Ayacucho.

En ese entonces, con la aún Procuradora Pública Especializada en Materia Constitucional, doctora Katty Mariela Aquize Cáceres se analizó la ordenanza regional en cuestión y nos dimos cuenta que el Gobierno Regional de Ayacucho a la par de atribuirse arbitrariamente competencias del Poder Ejecutivo, estaba distorsionando una importante figura que ocupó muchos años a nuestro constitucionalismo en consolidarla, me refiero al “control difuso de las normas”. Era evidente que el Gobierno Regional de Ayacucho al momento de expedir la ordenanza regional materia del presente artículo, estaba tirando al tacho de basura cientos de sentencias, desde el caso *Marbury Vs. Madison* hasta la más actual, como del mismo modo centenares de libros sobre la materia, dado que el mencionado gobierno regional por medio del artículo primero de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR estaba realizando un juicio abstracto de compatibilidad de las normas infraconstitucionales con la Constitución Política, en otras palabras estaba realizando control difuso de las normas, puesto que por medio de la ordenanza regional en mención se *inaplicaba* el artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED en toda la jurisdicción de la Región de Ayacucho, porque supuestamente para el Gobierno Regional de Ayacucho mencionado decreto supremo vulneraba el inciso 2) del artículo 2° y los incisos 1) y 2) del artículo 26° de la Constitución Política de 1993.

El Gobierno Regional de Ayacucho estaba confundiendo lo que debía entenderse por la figura del control difuso de las normas. Ante este escenario, nosotros no nos quedamos con los brazos cruzados, sino como bien señaló un egregio constitucionalista, “una de las funciones de las procuradurías modernas no únicamente es ejercer la debida defensa de los intereses del Estado, sino también contribuir al fortalecimiento de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional”. En ese sentido, la emisión de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR por parte del Gobierno Regional de Ayacucho era una oportunidad para decirle al máximo intérprete de la Constitución a través de nuestro escrito de demanda de inconstitucionalidad, que como guardián último de la Constitución y del ordenamiento jurídico-constitucional tiene la obligación de declarar la inconstitucionalidad de la ordenanza regional antes mencionada, para de ese modo salvaguardar la supremacía de la Constitución Política y la vigencia de las instituciones básicas de nuestro actual constitucionalismo, como

al acceso para el empleo público en condiciones de igualdad, previa aprobación de la Directiva correspondiente, la misma que tendrá alcances para la Jurisdicción de la región de Ayacucho. Y finalmente, a través de su Artículo Tercero dispone a la Dirección Regional de Educación de Ayacucho la publicación y difusión de la mencionada Ordenanza Regional en el Diario Oficial “El Peruano”.

por ejemplo “del control difuso de las normas” que viene a ser uno de los presupuestos básicos de nuestro Estado Constitucional⁵. Por lo que esta oportunidad no la desperdiciamos y procedimos a sustentarlo en nuestra demanda de inconstitucionalidad a fin que el supremo intérprete de la Constitución zanje de una vez por todas lo que se debe entender por “el control difuso de las normas” dentro de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional.

En ese sentido, considero que es pertinente hacerse algunas interrogantes a modo de introducción: ¿Qué es control difuso de las normas y cuáles son sus antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional?, ¿conforme a la Ley Fundamental de 1993 quiénes están habilitados para realizar el control difuso de las normas en el marco de nuestro Estado Constitucional?, ¿a la luz de lo establecido por el artículo 138° de la Constitución Política los jueces del Poder Judicial únicamente están habilitados para realizar el control difuso de las normas?, ¿en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional los gobiernos regionales pueden realizar control difuso de las normas? Ahora, Si bien es cierto el Tribunal Constitucional ha señalado a través del Expediente N° 3741-2004-AA/TC que los tribunales administrativos también pueden realizar control difuso. ¿Lo contenido en la precitada sentencia se puede interpretar analógicamente para señalar que los gobiernos regionales tienen la competencia para declarar la invalidez de una norma expedida por otros niveles de gobierno (central, regional o local)? Las preguntas pueden seguir elaborándose, pero esto no es el fin del presente artículo, sino que a través de las cuestiones planteadas desarrollar lo que debe entenderse por “control difuso de las normas” en el marco de nuestro Estado Constitucional.

Ante lo señalado, el supremo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el Expediente N° 00025-2010-PI/TC⁶, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho. El Tribunal Constitucional señaló que en virtud al - principio de competencia-los gobiernos regionales carecen de la competencia-facultad para declarar la invalidez de una norma expedida por otros niveles de gobierno (central, regional o municipal), aun encontrándose en ejercicio de funciones administrativas tal como lo prevé el artículo 36°⁷ de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló en el fundamento jurídico 6, del expediente N° 02669-2000-HC/TC que: “En un Estado constitucional democrático la Constitución no sólo es norma jurídica con fuerza vinculante que vincula a los poderes públicos y a todos los ciudadanos, sino que también es la norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico. Esto es así porque la Constitución, a partir del principio de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las que se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez dicho principio exige que todas las acciones personales civiles, económicas, sociales y sobre todo militares deben estar de acuerdo con las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico que la Constitución señala”.

⁶ Publicada el día 06 de enero del 2012 en el diario oficial *El Peruano*.

⁷ Artículo 36° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales: Las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno. Las normas y disposiciones de los gobiernos regionales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa.

En ese orden de ideas, el máximo intérprete de la Constitución observó que la *inaplicación* efectuada al artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED se realizó en abstracto, por tal razón declaró la inconstitucionalidad del artículo primero de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR, porque configura una violación directa del artículo 85⁸ del Código Procesal Constitucional y una transgresión indirecta del primer párrafo del inciso 5) del artículo 200⁹ de la Constitución. Con relación al artículo segundo de la referida ordenanza regional, la misma que encargaba a la Dirección Regional de Educación de Ayacucho la implementación de un procedimiento que garantice el derecho al acceso a un empleo público en condiciones de igualdad, de ese modo el Gobierno Regional de Ayacucho de apartaba de las políticas públicas diseñadas por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y SERVIR. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló en el Expediente 00025-2010-PI/TC, que el rango de ley que ostenta una ordenanza regional (en referencia a la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR) no autoriza a que ella pueda regular una materia sobre la cual el artículo 15¹⁰ de la Constitución Política de 1993 ha establecido una reserva de acto legislativo. Por tal razón, en la medida que el artículo 2° ha regulado un aspecto que está reservado en su desarrollo a una ley en sentido estricto el supremo intérprete de la Constitución ha considerado que el artículo 2° de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR deviene en inconstitucional.

Tal como señalamos en el título del presente trabajo, nuestro artículo desarrollará -a propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00025-2010-PI/TC-, lo que debe entenderse por la figura del control difuso de las normas jurídicas en el marco de nuestro Estado Constitucional, en ese sentido, a fin de entender mejor lo mencionado, comenzaré desarrollando algunas consideraciones generales acerca de la jurisdicción constitucional, algunas diferencias entre control difuso y control concentrado de las normas jurídicas, como eje central nos referiremos a lo que debe entenderse por control difuso dentro del Estado Constitucional peruano y finalmente desarrollaremos algunas razones que motivó al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR. Sin más preámbulos invitamos a revisar el contenido del presente artículo.

⁸ Artículo 85° del Código Procesal Constitucional: La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y
2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

⁹ Artículo 200° de la Constitución Política: Las garantías constitucionales: Son garantías constitucionales:
(...)

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

¹⁰ Artículo 15° de la Constitución Política: El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para el desempeño como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones. El Estado y la sociedad procuran su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanente (...).

2 ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Entender lo que viene a ser la jurisdicción constitucional, implica ante todo la comprensión previa de su objeto y sus mecanismos que lo afianzan. En ese sentido, antes de desarrollar el fondo del presente artículo es necesario hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué es la jurisdicción constitucional?

Para el doctor Víctor García Toma, la jurisdicción constitucional alude al órgano o conjunto de órganos estatales encargados de administrar justicia vinculante en materia constitucional¹¹. Por ende, tiene la facultad de conocer, procesar y resolver los conflictos vinculados con la prelación jerárquica de las normas adscritas a un determinado ordenamiento jurídico-constitucional; la amenaza o efectiva vulneración de un derecho fundamental; el conflicto de competencias o atribuciones entre dos o más órganos u organismos constitucionales; y la renuencia funcional a atacar el cumplimiento de una norma o acto administrativo. Es evidente que dentro de la jurisdicción constitucional es donde se ejerce la actividad del control constitucional, a través de los diversos procesos constitucionales que la Constitución reconoce y el Código Procesal Constitucional reglamenta y desarrolla. Es por ello, que la jurisdicción constitucional opera como un conjunto de mecanismos encargados de defender la eficacia y efectividad del sistema constitucional.

Al respecto, el doctor Domingo García Belaunde señala que la jurisdicción constitucional es el conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o el dogmático¹². Dentro de ella tienen destacada importancia el control de las normas con rango legal e infralegal, como del mismo modo los derechos fundamentales. Por lo que el concepto de justicia constitucional acentúa el carácter predominante valórico de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico¹³. Utilizar el vocablo justicia constitucional implica señalar que “el poder del gobierno está limitado por las normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación. El vocablo justicia constitucional se emplea en una perspectiva amplia para referirse a la función desempeñada por el juez ordinario, el órgano legislativo, un órgano especial u otro consistente en confrontar la norma constitucional con otra norma jurídica, determinando un juicio de conformidad o disconformidad de unidad de la última norma en relación a la

¹¹ GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Editorial Adures: Arequipa, 2010, p. 621.

¹² GARCÍA BELAÜNDE, Domingo. “La Jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”. En: *La Justicia Constitucional a finales del siglo XX*. Editorial Palestra: Lima, p. 139.

¹³ FIX ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de la evolución constitucional 1940-1965*. Fondo Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 1968, p. 9.

Ley Fundamental, lo que posibilita distinguir entre una justicia constitucional política (desarrollada por órganos políticos) y una justicia constitucional de carácter jurisdiccional (desarrollada por órganos jurisdiccionales)¹⁴. En sentido estricto el vocablo justicia constitucional alude a la actividad desarrollada por un órgano jurisdiccional, que actúa como tercero imparcial, confrontando normas jurídicas y actos con la Constitución en sentido formal y material.

El doctor Humberto Nogueira Alcalá ha señalado a través de sus reiteradas publicaciones que la jurisdicción constitucional es una forma de justicia constitucional ejercida con la finalidad específica de actuar el derecho de la Constitución como tal a través de procedimientos y órganos jurisdiccionales. Así, la jurisdicción constitucional tiene como meta la defensa de la Constitución, por medio de un tribunal y de una técnica jurídica que desarrolla un juicio lógico de conformidad y resuelve juridificando los conflictos. Por lo que el referido control implica tres operaciones sucesivas que son las siguientes: la interpretación que constituye un análisis del sentido y alcance de la normativa o del acto; la apreciación que constituye un análisis de conformidad y validez; la sanción que es la consecuencia jurídica de la apreciación, ya sea la anulación, la nulidad o la *inaplicabilidad* de la norma o acto impugnado de inconstitucionalidad.

El magistrado constitucional puede asumir una concepción de Constitución testamento o una concepción de Constitución viviente, dependiendo de una u otra concepción puede que el análisis de conformidad y validez constitucional sea diferente, especialmente en constituciones antiguas o en constituciones que han sido diseñadas en un régimen autocrático y que han transitado hacia regímenes democráticos, donde el compromiso institucional genera techos constitucionales con principios ideológicos diversos. Además, el juez constitucional al precisar el enunciado normativo constitucional puede partir de un método de interpretación o de un principio o valor supraconstitucional o de una apreciación de un bloque normativo de constitucionalidad, lo que permite señalar que el parámetro de control no es absolutamente objetivo, teniendo matizaciones subjetivas más o menos importantes. La jurisdicción constitucional es así una de las expresiones de la defensa de la Constitución de tipo institucionalizada y jurídica, constituyendo una limitación del poder político con carácter objetivo y de control generalmente solicitado o de parte, desarrollado por un órgano jurisdiccional que integra el Poder Judicial (como la Corte Constitucional en Colombia) o un órgano jurisdiccional extra poder como nuestro Tribunal Constitucional, los cuales actúan como terceros imparciales, resolviendo los conflictos normativos en base al principio de la supremacía constitucional.

¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ. Humberto. *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Editorial Palestra, Lima, 2006, p. 28.

3 LAS DIMENSIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Tal como señaló el maestro Francisco Rubio Lorente, es necesario precisar en qué sentido se emplea la expresión jurisdicción constitucional, ya que esta va desde una perspectiva restringida únicamente a resolver sobre la constitucionalidad de los preceptos legales hasta una jurisdicción protectora de los derechos fundamentales, aunque tal protección no se brinde en aplicación de Constitución alguna¹⁵. Así, es posible considerar que la jurisdicción constitucional en su núcleo esencial, -sin perjuicio de otras competencias residuales-, está compuesta por tres dimensiones y sus respectivas finalidades.

a) La jurisdicción constitucional orgánica genera instituciones y procedimientos de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales que protegen directamente los principios y reglas constitucionales (desarrollando una función depuradora del ordenamiento jurídico) que determinan las funciones y atribuciones de los órganos y agentes estatales, además de resolver los conflictos de competencia entre los diferentes órganos del Estado.

b) La jurisdicción constitucional de la libertad protectora de los derechos fundamentales establece las instituciones de carácter procesal que protegen a los derechos fundamentales frente a acciones u omisiones antijurídicas que amenacen, perturban o priven del legítimo ejercicio de tales derechos, como asimismo, la aplicación por las jurisdicciones internacionales y supranacionales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario.

c) La jurisdicción constitucional transnacional o supranacional, es aquel ámbito de las relaciones entre el ordenamiento jurídico nacional con el derecho internacional, supra y transnacional, de aplicación directa en el ordenamiento jurídico nacional, como asimismo, la aplicación de las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas.

Además de estas explícitas tres funciones básicas, la jurisdicción constitucional, desarrolla otras funciones implícitas que son la constitucionalización de todas las ramas del Derecho y la participación en la creación de normas legislativas y

¹⁵ RUBIO LORENTE, Francisco. "Seis tesis sobre jurisdicción constitucional en Europa". En: Revista Española de Derecho Constitucional N° 35, mayo-agosto de 1992, p. 9.

constitucionales mediante la interpretación y la decisión a través de sentencias¹⁶. En ese sentido, los procesos constitucionales que la Constitución Política de 1993 recoge a través de su artículo 200° concretiza la defensa de la supremacía de la Ley Fundamental y la real vigencia de los derechos fundamentales. Del mismo modo el Código Procesal Constitucional establece las reglas procesales que deberán de tenerse en cuenta a la hora de llevar a la *praxis* la jurisdicción constitucional por medio de los diversos procesos constitucionales que nuestra Constitución recoge¹⁷. Al respecto, el profesor Edgar Carpio Marcos señaló en clase¹⁸, que la jurisdicción constitucional no era otra cosa que la concretización de la Constitución. Considero que tiene mucho de verdad tal expresión, puesto que a través de los procesos constitucionales se puede defender la Constitución ante posibles vulneraciones generadas por normas y/o interpretaciones con visos de inconstitucionalidad. No debe olvidarse que la jurisdicción constitucional es una de las características del Estado Constitucional¹⁹, dado que la Ley Fundamental ya no es una simple norma programática en sentido estricto, sino una norma jurídica que vincula a todo poder del Estado, como también a terceros.

4 EL TRATAMIENTO DEL CONTROL DIFUSO DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO

En nuestro Estado Constitucional existen dos tipos de control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Por un lado tenemos al control difuso o modelo americano, que es ejercido conforme al artículo 138° de la Constitución Política y al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, -en la que todo juez en el momento de dar solución a un caso en concreto-, si se encuentra con una norma que contravenga el objeto y fin de la Constitución Política, debe de preferir a la Constitución Política en virtud del principio de supremacía de la Constitución. Por otro lado tenemos el control concentrado de las normas jurídicas o modelo austriaco, en el que conforme al artículo 200°, inciso 4) de la Constitución Política y al artículo 98° del

¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ. Humberto. *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Editorial Palestra, Lima, 2006, p. 36.

¹⁷ Tales como: La acción de habeas corpus, la acción de amparo, la acción de habeas data, la acción de inconstitucionalidad, la acción popular, la acción de cumplimiento y la acción competencial.

¹⁸ A propósito de las clases dictadas por el precitado profesor en el curso de verano organizado por el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad de san Martín de Porres, en el verano de 2009.

¹⁹ El profesor italiano Gustavo Zagrebelsky hace un estudio interesante sobre el tema en su libro titulado el "El derecho dúctil". Para dar mayor abundamiento sobre la temática del presente artículo procedemos a citar algunos párrafos de tal obra, "En el siglo XIX es el siglo del "Estado de derecho" (...) o, "Estado bajo el régimen del derecho" se distingue del "Estado bajo el régimen de la fuerza", es decir, el Estado absoluto característico del Siglo XVII. (...) la expresión "Estado de derecho" es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del Estado Constitucional. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid, 1997, p. 21).

Código Procesal Constitucional, compete al Tribunal Constitucional conocer este tipo de procesos en sede única, en este sentido, si se determina que una norma es inconstitucional, esta será expulsada del ordenamiento jurídico y nadie más la podrá aplicar por tener efectos *erga omnes*. En el ordenamiento jurídico-constitucional peruano ambas figuras o modelos de control conviven, cada uno con sus diferencias, tanto a nivel sustantivo como en el ámbito procesal²⁰. Para efectos del presente artículo nos referiremos únicamente al control constitucional difuso de las normas jurídicas.

Sobre este tema, nuestra Constitución Política a través del segundo párrafo del artículo 138° reza que: “*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior*”. Del mismo modo el Código Procesal Constitucional señala en su artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que: “*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular (...)*”. En atención a precitadas normas es que se desarrolla el establecimiento del denominado control constitucional difuso o *judicial review*²¹.

Prima facie el control constitucional difuso está encargado a los jueces del Poder Judicial, es decir, tienen la facultad para establecer la inconstitucionalidad de una norma jurídica en un caso en concreto. Se debe tener en consideración que los efectos de dicho control tienen efectos únicamente entre las partes. Este control se caracteriza por ser expresión de un control extendido, incidental, con la eficacia relativa, residual y declarativa.

Tal como señala el doctor Víctor García Toma²² el *carácter de extendido* aparece en razón a que la declaración de inconstitucionalidad (inaplicación) es una atribución que corresponde ser ejercida por los jueces del Poder Judicial, con prescindencia de su grado o jerarquía funcional. El *carácter de incidental* aparece en razón a que el pronunciamiento de inconstitucionalidad (inaplicación) surge a partir de la existencia previa de una cuestión judicial generada a través de cualquier proceso rutinario entre personas naturales y/o jurídicas. El *carácter de eficacia* relativa aparece en razón a que el pronunciamiento de inconstitucionalidad (inaplicación) solo alcanza a

²⁰ORTIZ GASPAR, David Aníbal. *La Vulneración de los derechos fundamentales en sede constitucional. A propósito de la STC Exp. N° 0024-2010-PI/TC (caso del Decreto Legislativo N° 1097)*. En: Gaceta Penal. N° 22. Editorial Gaceta Jurídica, p. 41.

²¹ GARCÍA TOMA, Víctor. Comentario al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En: *Código Procesal Constitucional Comentado*. Editorial Adrus, Lima, 2011, p. 40.

²² *Idem*, p. 41.

las partes comprometidas en una *litis* particular y concreta. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efectos *inter partes*. El *carácter de residual* aparece en razón a que se trata de una atribución "añadida" a la tarea judicial de dirimencia en los conflictos entre partes litigantes. El *carácter de declarativo* aparece en razón a que la determinación de inconstitucionalidad tiene una eficacia retroactiva, esto es, se entiende que la norma inaplicable es nula e inexistente para la resolución de una *litis*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el control difuso de constitucionalidad de las normas constituye un deber-poder del juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y en general, el principio de jerarquía de las normas enunciadas en el artículo 51° de nuestra Norma Fundamental²³. Como se puede observar, el control difuso es un acto complejo, en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado²⁴.

Como señalamos en el párrafo anterior del presente artículo, el ejercicio del control difuso no es un acto simple. Para que dicho control sea válido se requiere de la verificación, -en cada caso-, de los siguientes presupuestos: a) Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es preciso dejar a un lado la tesis errónea conforme a la cual la administración pública se encuentra vinculada a la Ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38° de la Constitución Política de 1993 es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la administración pública incluida desde luego) tienen el deber de respetar y defenderla. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la administración no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución²⁵.

Sobre lo mencionado, el supremo intérprete de la Constitución ha estimado que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus

²³ Fundamento Jurídico N° 16, del Expediente N° 1383-2001-AA/TC.

²⁴ Fundamento Jurídico N° 32, del Expediente N° 1109-2002-AA/TC.

²⁵ Fundamento Jurídico N° 156, del Expediente N° 0050-2004-AI/TC.

órganos colegiados, no únicamente tienen la facultad de hacer cumplir la Constitución – dada su fuerza normativa-, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta en primer lugar en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial. Una interpretación positiva y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138° de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice arbitrariamente el artículo 51°, el cual señala que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”²⁶.

En mérito al deber de protección de los derechos fundamentales que tiene todo poder público, los Tribunales Administrativos, deben ejercer el poder-deber de control difuso de constitucionalidad cuando en la resolución de un procedimiento administrativo resulta relevante la aplicación de una norma y ella es incompatible con derechos fundamentales o con principios constitucionales que los garantiza. En tal sentido, la omisión del control de constitucionalidad en sede administrativa, -como en el supuesto antes mencionado-, representa a su vez la omisión del deber de protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, dado que los Tribunales Administrativos y órganos colegiados están vinculados por el deber de protección, ellos han de ejercer el control difuso cuando el caso lo demande²⁷.

Sobre lo expresado en el párrafo anterior, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte, -en este caso-, los tribunales administrativos u órganos colegiados están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y

²⁶ Fundamento Jurídico N° 8, del Expediente N° 3741-2004-AA/TC.

²⁷ Fundamento Jurídico N° 16, del Expediente N° 0635-2006-PA/TC.

razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁸.

En el caso peruano, el control constitucional difuso históricamente aparece en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que otorgó facultades de inaplicación al juez. En efecto, allí se expuso que cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera. Cabe señalar que el Poder Judicial por temor político restringió los alcances de dicha norma a las relaciones civiles. Luego fue recogido por el artículo 237° de la Constitución Política de 1979 y el artículo 138° de la Constitución vigente²⁹.

5 ¿PUEDEN APLICAR EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO LOS GOBIERNOS REGIONALES?

El supremo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el expediente N° 00025-2010-PI/TC³⁰, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho. El Tribunal Constitucional señaló que en virtud al -principio de competencia- los gobiernos regionales carecen de la competencia-facultad para declarar la invalidez de una norma expedida por otros niveles de gobierno (central, regional o municipal), aun encontrándose en ejercicio de funciones administrativas tal como lo prevé el artículo 36° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. En ese orden de ideas, el máximo intérprete de la Constitución observó que la inaplicación efectuada al artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED se realizó en abstracto, por tal razón declaró la inconstitucionalidad del artículo primero de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR, porque configura una violación directa del artículo 85° del Código Procesal Constitucional y una transgresión indirecta del primer párrafo del inciso 5) del artículo 200° de la Constitución.

²⁸ Fundamento Jurídico N° 7, de la RTC-Expediente N° 3741-2004-AA/TC (Aclaración).

²⁹ *Idem*, p. 42.

³⁰ Publicada el día 06 de enero del 2012 en el diario oficial *El Peruano*.

Con relación al artículo segundo de la referida ordenanza regional, la misma que encargaba a la Dirección Regional de Educación de Ayacucho la implementación de un procedimiento que garantice el derecho al acceso para el empleo público en condiciones de igualdad, apartándose de ese modo el Gobierno Regional de Ayacucho de las políticas públicas diseñadas por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y SERVIR. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el rango de ley que ostenta una ordenanza regional (en referencia a la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR) no autoriza a que ella pueda regular una materia sobre la cual el artículo 15³¹ de la Constitución Política de 1993 ha establecido una reserva de acto legislativo. Por tal razón, en la medida que el artículo 2° ha regulado un aspecto que está reservado en su desarrollo a una ley en sentido estricto, el supremo intérprete de la Constitución ha considerado que el artículo 2° de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR es inconstitucional.

La inaplicabilidad del artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED, por parte del Gobierno Regional de Ayacucho en virtud de su supuesta autonomía política y administrativa que le confiere la Constitución Política es inconstitucional, dado que la Ley Fundamental es clara al señalar en su artículo 138°, que únicamente los jueces del Poder Judicial, pueden inaplicar una norma legal, cuando en esta, se observan vicios de inconstitucionalidad. Por lo tanto, dentro de nuestro sistema constitucional, a la luz del artículo 138° de la Constitución Política, corresponde a los jueces del Poder Judicial en *estricto sensu* realizar el control difuso en cada caso en concreto, cuando se evidencie de por medio una norma legal que colisiona con la Constitución Política.

Jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional ha desarrollado en el precedente vinculante “Salazar Yarlénque”(Expediente N° 3741-2004-AA/TC), a través de una interpretación extensiva del segundo párrafo del artículo 138° de la Ley Fundamental, lo que hoy conocemos en nuestro medio como “el control difuso administrativo”; el mismo que fue establecido en nuestro ordenamiento jurídico no por disposición expresa de la Constitución Política, sino por la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución. En ese sentido, como señalamos en el apartado 4 del presente artículo, los tribunales administrativos pueden aplicar en cada caso en concreto la figura jurídica del control difuso. Vale decir, que señalada atribución no es irrestricta, sino que tiene ciertos límites establecidos como requisitos indispensables. En ese orden de ideas, el supremo intérprete de la Constitución ha expresado en el Fundamento Jurídico N° 4 de la aclaración del Expediente N° 3741-2004-AA/TC, que

³¹ Artículo 15° de la Constitución Política: El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para el desempeño como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones. El Estado y la sociedad procuran su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanente (...).

para ejercer el control difuso administrativo se tiene que cumplir ciertos requisitos, tales como:

- a) Tienen que ser realizado por todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública.
- b) Y que esos tribunales administrativos u órganos colegiados, deben ser aquellos que imparten justicia administrativa con “*carácter nacional*” adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados, etc.

Por lo tanto, para efectos del presente apartado, concluimos que dentro de nuestro Estado Constitucional, -según nuestra Constitución Política-, en sentido estricto son los jueces del Poder Judicial los llamados para aplicar el control constitucional difuso y según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también son competentes los tribunales administrativos, pero con ciertos límites, los mismos que fueron explicados en el párrafo anterior. Es muy importante tener en cuenta, -respecto al control difuso-, lo siguiente:

- a) La administración de justicia tiene que estar seguro que no existe una forma razonable de encontrar compatibilidad entre las dos normas en conflicto y,
- b) El control difuso únicamente puede ser aplicado cuando existe un conflicto real y concreto en el cual se deba discernir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma inferior. El control difuso no se ejercita en abstracto, porque ello equivale a una declaración de inconstitucionalidad a través de la acción correspondiente³².

La Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA-CR, expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho, declara en su artículo primero la inaplicabilidad del Artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED, en la Jurisdicción de la Región Ayacucho, -señalando que es de competencia del Gobierno Regional precitado-, regular las políticas de educación. Además, porque a entender de señalado gobierno regional el artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED, es una norma inconstitucional. En resumidas palabras, el Gobierno Regional de Ayacucho a través de la ordenanza regional precitada, está ejerciendo el control constitucional difuso con respecto al artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED, porque supuestamente referido decreto supremo vulnera a la Ley Fundamental. En virtud del artículo 138° de la Constitución Política la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales constituye un poder-deber de los jueces del Poder Judicial. En consecuencia, si uno de los efectos del control constitucional difuso es justamente

³²BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Editorial Rao Jurídica S.R.L. p. 635.

inaplicar una norma legal, vale hacerse las siguientes interrogantes: ¿El Gobierno Regional de Ayacucho a través de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA-CR, puede inaplicar parte del Decreto Supremo N° 002-2010-ED, porque en el entender de ellos, el mencionado decreto supremo es inconstitucional por vulnerar dispositivos de la Constitución Política?

Los funcionarios de los gobiernos regionales no caben en los supuestos del artículo 138º de la Constitución Política de 1993, como tampoco en el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ni mucho menos con los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional en su precedente vinculante “Caso Salazar Yarlénque”. En ese sentido, concordamos con lo señalado por el supremo intérprete de la Constitución en el Expediente N° 00025-2010-PI/TC, que: *“Los gobiernos regionales no tienen competencia para realizar el control constitucional difuso de las normas jurídicas”*.

6 RAZONES POR LA CUAL EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARÓ LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDENANZA REGIONAL N° 004-2010-GRA/CR, EXPEDIDA POR EL GOBIERNO REGIONAL DE AYACUCHO

El Ministerio de Educación mediante la Resolución Ministerial N° 0295-2009-ED de fecha 14 de octubre de 2009, convocó a concurso público para el nombramiento de profesores y aprobó los lineamientos y procedimientos a aplicarse en dicho concurso. En el marco de mencionado concurso público, el día 15 de noviembre del 2009 se aplicó en todo el país la Prueba Única Nacional, del mismo modo, el Decreto Supremo N° 002-2010-EDestablece las normas que regirán para la contratación de personal docente en instituciones educativas públicas de Educación Básica y Educación Técnico-Productiva para el año 2010, siendo que en su artículo 1º establece que dicha contratación se realizará en estricto mérito, el cual deberá obtenerse de los resultados de la Prueba Única Nacional que se aplicó el día 15 de noviembre del 2009.

Sin considerar la naturaleza antes explicada del control constitucional difuso, el Gobierno Regional de Ayacucho expidió la Ordenanza Regional N° 004-2010-GR/CR, en la cual declara inaplicable el artículo 1º del Decreto Supremo N° 002-2010-ED y encarga a la Dirección Regional de Educación de Ayacucho la implementación del proceso para la contratación de personal docente en las instituciones educativas públicas de educación básica regular en la Región de Ayacucho. Se debe tener en cuenta que la Constitución Política de 1993 es el “fundamento de validez de todo nuestro ordenamiento jurídico-constitucional”. De manera que una vez que entra en vigencia cualquier producción normativa de los poderes públicos e inclusive los actos y comportamientos de los particulares, deben guardar lealtad y fidelidad con la Ley Fundamental. Ciertamente no se trata solo de una adhesión y apoyo que pueda ser

medio o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas”³³.

El Gobierno Regional de Ayacucho al momento de expedir la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA-CRA/CR, excedió la competencia que tiene conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad sobre la materia, dado que al regular la contratación del personal docente en las instituciones educativas públicas de educación básica regular, especial, alternativa y educación técnico productiva para el año 2010 en su jurisdicción, se irrogó competencias del Ministerio de Educación, competencia que está claramente establecida en el artículo 1º del Decreto Supremo N° 002-2010-ED.

El artículo 110º del Código Procesal Constitucional, en concordancia con su artículo 109º, prescribe que el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas, y que se produzcan cuando – entre otros – un gobierno regional adopte decisiones que afecten competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otra entidad estatal. En ese sentido, debido a que las competencias del Gobierno Nacional y el Gobierno Regional de Ayacucho están establecidas por normas con rango de ley, nos encontramos ante una norma regional que afecta a la Constitución Política ya que invade el ámbito de competencia del Gobierno Nacional. Habiéndose generado un conflicto sobre una competencia o atribución regulada en una norma con rango de ley (Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR).

Es evidente que la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA-CR fue a todas luces inconstitucional, dado que vulneraba de manera fehaciente el bloque de constitucionalidad respecto a las competencias del Poder Ejecutivo que tiene para establecer las políticas nacionales en materia de educación. El Tribunal Constitucional señaló en el Expediente N° 00046-2004-AI/TC que el término “bloque de constitucionalidad” debe entenderse de la siguiente manera: “Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos”. En consecuencia y desde una perspectiva orgánica, “(...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco

³³Fundamento Jurídico N° 2 del Expediente N° 014-2003-AI/TC.

o fuera de dicho marco constitucional”³⁴. Es en ese orden de ideas, el bloque de constitucionalidad respecto a las competencias del Poder Ejecutivo, en razón a establecer las políticas nacionales en materia de educación, están conformadas por las siguientes normas: Artículos 15°, 16°, 191° y 192° de la Constitución Política de 1993; artículos 79° y 80° de la Ley General de Educación – Ley N° 28044; artículo 12° de la Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial – Ley N° 29062; artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED; Resolución Jefatural N° 126-2010-ED y su Directiva N° 012-2010-ME/SG-OGA-UPER.

7 APLICACIÓN DEL TEST DE LA COMPETENCIA A LA ORDENANZA REGIONAL N° 004-2010-GRA-CR

La Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA-CR expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho se excedió del reparto competencial asignado por la Constitución Política y de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad a los gobiernos regionales, por ello conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expedientes N° 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC (acumulados), es de aplicación al presente caso el “*Test de la competencia*”.

7.1 El principio de Unidad

Debemos tener presente que de conformidad con el artículo 43° de la Constitución Política, nuestro Estado es Unitario y Descentralizado. A partir de ello y recurriendo al principio de unidad y concordancia práctica de la Constitución observamos que a la luz de lo dispuesto por los artículos 189°³⁵, 191°³⁶ y 194°³⁷ de la Ley Fundamental, se ratifica lo que reza el artículo 43° de referido Texto Constitucional, es decir, que nuestro Estado es “Unitario y Descentralizado”. Se debe tener en consideración que el carácter descentralizado del Estado peruano no es incompatible con la configuración de Estado Unitario, si bien ello supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, sin embargo, su ejercicio debe realizarse dentro de lo previsto por la Constitución y las leyes marco que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales y municipales”.³⁸ Situación que no se cumplió con la

³⁴ Fundamento Jurídico N° 10.5 del Expediente N° 0689-2000-AA/TC.

³⁵ Artículo 189°.- El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado de la Nación.

³⁶ Artículo 191°.- Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones (...).

³⁷ Artículo 194°.- Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley (...).

³⁸ Fundamento Jurídico N° 39 de los Expedientes N° 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC (acumulados).

Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR, dado que el Gobierno Regional de Ayacucho a través de la dación de precitada norma se irrogó competencias del Poder Ejecutivo (Ministerio de Educación y de SERVIR).

Los Gobiernos Regionales deben ejercer sus competencias dentro de los límites que establece la Constitución Política y las Leyes Orgánicas; esto quiere decir que su actuación debe ejecutarse "preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación" (artículo 189° de la Constitución), coordinando "con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones" (artículo 191° de la Constitución), es decir en "armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (artículo 192° de la Constitución).³⁹

7.2 El Principio de Lealtad Regional

El principio de lealtad regional, -vulnerado en el presente caso-, está contenido en los artículos 189°, 191° y 192° de la Constitución Política de 1993, los cuales constituyen una garantía institucional que busca evitar el proceso de desintegración entre los gobiernos regionales con el Gobierno Nacional, puesto que dicha desintegración ocurre cuando los gobiernos regionales operan en función al principio de autarquía o soberanía interna. El Gobierno Regional de Ayacucho al expedir la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR, dificultó durante su vigencia el ejercicio de las competencias y funciones asignadas por la Constitución Política al Gobierno Nacional (Ministerio de Educación y SERVIR), sobre esto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "Los gobiernos regionales al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias del poder estatal".⁴⁰ En ese sentido, el Gobierno Regional de Ayacucho tiene la obligación genérica de respetar la Constitución Política y las leyes que por encargo de ella limitan su actuación competencial, -siendo en este caso el Decreto Supremo N° 002-2010-ED-, debiendo como parte integrante del Estado cooperar y coadyuvar con el Gobierno Nacional en la optimización y mejoramiento de la calidad de la educación y del personal docente que lo integra.

³⁹Fundamento Jurídico N° 41 de los Expedientes N° 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC (acumulados).

⁴⁰Fundamento Jurídico N° 39 de los Expedientes N° 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC (acumulados).

7.3 Principio de Taxatividad y Cláusula de Residualidad

La Constitución Política concibe al Perú como un Estado Unitario y Descentralizado, determinando medularmente la atribución de competencias de los gobiernos regionales, principio que en concordancia con la aplicación del principio de residualidad, determinan que la competencia no asignada a un gobierno regional, corresponde al Gobierno Nacional. Así tenemos que el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central-Poder Ejecutivo.”⁴¹ Por lo que el Gobierno Regional de Ayacucho carece de competencia para regular sobre políticas sectoriales en materia de educación, así como no se encuentra dentro de sus funciones regular sobre la contratación del personal docente, puesto que según lo estipulado en el artículo 80º de la Ley N° 28044, dichas funciones le competen al Sector Educación, es decir, al Ministerio de Educación. Además, el Gobierno Regional de Ayacucho carece de competencia para declarar la inaplicabilidad del artículo 1º del Decreto Supremo N°002-2010-ED, puesto que dicha facultad únicamente es conferida a los jueces del Poder Judicial o Tribunales Administrativos tal como lo desarrollaremos páginas atrás; así como no tiene facultad para encargar a la Dirección Regional de Ayacucho la implementación de un procedimiento que garantice el derecho al acceso para el empleo público (artículo 2º de la ordenanza en mención).

7.4 Principio de Tutela y Control

Se debe tener en consideración que el proceso de descentralización se desarrolla en forma progresiva y por etapas. En función a ello se viene dando paralelamente una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales, en consecuencia, los gobiernos regionales están sujetos a instancias de control y tutela por parte de los órganos nacionales competentes. De esta manera, en alusión a los principios de tutela y control “los gobiernos regionales se encuentran sometidos a supervisión directa y permanente por órganos del Gobierno Nacional. Principio que se explica por la función de la Constitución de integrar, tanto a nivel social como jurídico. La integración exige que el ordenamiento jurídico regional se articule armónicamente con el ordenamiento

⁴¹ Fundamento Jurídico N° 48 del Expediente N° 002-2005-AI/TC.

constitucional y legal⁴². La potestad normativa de los gobiernos regionales se circunscribe a un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada gobierno y se encuentra sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, situación que no ha contemplado el Gobierno Regional de Ayacucho al expedirla Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR.

8 A MODO DE CONCLUSIÓN

A través de los diversos párrafos que conforman el presente artículo, he desarrollado un breve estudio en torno a lo que debe entenderse por la figura del control constitucional difuso de las normas jurídicas en el marco de nuestro Estado Constitucional. Para ello me he valido de la doctrina autorizada y de la valiosa jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución. Considero que es obligación de todo constitucionalista o aspirante a constitucionalista salir en defensa de nuestras instituciones jurídico-constitucionales, dado que estos no son fruto de una noche de pensamiento, sino son resultado de un largo proceso que llevó décadas en consolidarse. En ese sentido, me siento satisfecho al haber participado de manera indirecta en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR. Dado que precitada norma pretendía desvirtuar la figura del control constitucional difuso de las normas jurídicas al inaplicar el artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED.

Como hemos señalado a lo largo del presente trabajo, en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional los habilitados para inaplicar una norma infraconstitucional por vulneración a la Constitución Política, son los jueces del Poder Judicial (en virtud del segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política y del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y los tribunales administrativos (en virtud del precedente vinculante del Tribunal Constitucional “Caso Salazar Yarlénque”). Como es de observarse, no hay norma constitucional, legal ni jurisprudencial que habilite a los gobiernos regionales a inaplicar una norma infraconstitucional por supuestos vicios de inconstitucionalidad, es decir, que los gobiernos regionales –en este caso el Gobierno Regional de Ayacucho- está impedido de realizar el control constitucional difuso de las normas jurídicas.

Por lo que es bueno resaltar la importancia que tiene la reciente sentencia del máximo intérprete de la Constitución recaída en el Expediente N° 00025-2010-PI/TC, la misma que fue publicada el día 06 de enero del 2012 en el diario oficial *El Peruano*, sentencia que zanja de una vez por todas el problema planteado en el presente

⁴² Artículo 190°.- Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente”.

artículo, dado que a propósito de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR, el Tribunal Constitucional señala que los gobiernos regionales conforme a la Constitución Política y al bloque de constitucionalidad sobre la materia, no tienen competencias para realizar un control abstracto de constitucionalidad (control constitucional difuso de las normas jurídicas) de las normas jurídicas expedidas por los otros niveles de gobierno (central, regional y local).

LOS PRINCIPIOS DE INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL VISTO DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

THE PRINCIPLES OF IMMEDIACY AND SUBSIDIARITY IN THE "AMPARO CONSTITUCIONAL" SEEN FROM THE CONSTITUTIONAL COURT JURISPRUDENCE OF BOLIVIA

Boris Wilson ARIAS LÓPEZ ¹

RESUMO. Embora os princípios da subsidiariedade e imediatez, estão consagrados na configuração e desenho do "amparo constitucional" na Bolívia, mas a jurisprudência constitucional existente sobre o assunto feita destes princípios, por vezes, barreiras intransponíveis que impeçam o acesso à justiça constitucional. O presente trabalho baseado no método jurídico dogmático, que permite a análise de jurisprudência, busca relievare algumas das linhas mais importantes da jurisprudência sobre o assunto ea necessidade de superar essa jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE. Bolívia. Proteção Constitucional. Jurisprudência.

ABSTRACT: The principles of subsidiarity and immediacy, nature included in the configuration and design of the "amparo constitucional" in Bolivia, but the scattered existing constitutional jurisprudence on the matter, make these two principles sometimes insurmountable barriers that impede access to constitutional justice. This paper makes an analysis of case law and to demonstrate the need to change it.

KEY WORDS: Bolivia. Amparo Constitucional. Jurisprudence.

1 INTRODUCCION

La figura del amparo constitucional se introdujo en el ordenamiento jurídico boliviano mediante la reforma constitucional de 1967 manteniendo su estructura y diseño constitucional original incluso en la reforma constitucional del año 2009, constituyéndose todo este tiempo en uno de los mecanismos más importantes para la protección de derechos fundamentales, derechos humanos (art. 410-II de la CPE) e incluso derechos de orden legal (art. 128 de la CPE) que no cuenten con la protección de otras acciones o recursos constitucionales.

El amparo constitucional tiene su fundamento normativo en el orden internacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2-3-a), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Americano (art. XVIII) y la Convención Americana

¹ Abogado, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar (2008) y de Defensa y Seguridad Nacional de la Escuela de Altos Estudios Nacionales (2009), docente universitario. Actualmente letrado del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. borisito55@hotmail.com

sobre Derechos Humanos (art. 25-1) instrumentos internacionales que conforme la SC 110/2010-R forman parte del bloque de constitucionalidad, mientras que en el orden interno encuentra fundamento normativo en la Constitución Política del Estado vigente (art. 128 y 129), la Ley del Tribunal Constitucional o Ley 027 de 6 de julio de 2010 (art. 73 al 80).

En el orden procesal la activación del amparo constitucional en Bolivia tanto en el ordenamiento constitucional abrogado como en el vigente, se rige por los principios de subsidiariedad y de inmediatez, que se constituyen en los pilares esenciales para que la figura del amparo constitucional por una parte pueda otorgar tutela a los derechos fundamentales y garantías constitucionales de manera adecuada respetando el resto de mecanismos ordinarios de protección configurados por el legislador constituyente y ordinario, y por otra parte para que no se tergiverse en su finalidad.

2 FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

El amparo constitucional es subsidiario en la medida en la que su planteamiento procede: “...*siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados*” (art. 129-I de la Constitución Política del Estado) es decir su conocimiento por parte del Tribunal Constitucional resulta residual en razón a que:

- a) El legislador constituyente distribuyó el poder público entre los diferentes órganos constituidos de poder bajo la denominada teoría de la separación de poderes (art. 12-I de la Constitución Política del Estado) de forma que la subsidiariedad del amparo constitucional permite asegurar una actuación respetuosa por parte del Tribunal Constitucional respecto a dicha distribución de facultades y competencias².
- b) Respecto al Órgano Judicial se tiene que el Tribunal Constitucional no integra el mismo, conforme puede extraerse de la interpretación del Título III de la segunda parte de la Constitución Política del Estado que refiere al “*Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*” (SC 321/2010-R), por lo que su actuación es subsidiaria en la medida en la que evita el quebrantamiento de la autonomía funcional de los jueces y permite el mantenimiento de una estructura descentralizada y autónoma de las diferentes jurisdicciones (art. 179-I de la Constitución Política del Estado).
- c) Por otra parte, la figura del amparo constitucional además resulta subsidiaria

² Cfr. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda ; Konrad-Adenauer Stiftung, 2003.

por su tramitación breve y sencilla, es decir que el legislador ordinario en el ejercicio de su facultad configuradora diseñó procedimientos y procesos que ofrecen a las partes mayores garantías de contradicción en su tramitación al otorgar mayor amplitud en el debate y en la presentación de pruebas.

- d) Finalmente, mencionar que la subsidiariedad impide que las instituciones y procedimientos no se desvirtúen, ni alteren, y a la vez evita que el Tribunal Constitucional desvalorice el derecho que tiene todo ciudadano al juez natural.

3 SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA POR SUBSIDIARIEDAD DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

El Tribunal Constitucional transitorio boliviano con algunas matizaciones ratificó la jurisprudencia contenida en la SC 1343/2004-R que establecía las siguientes reglas y sub-reglas de improcedencia del amparo constitucional por subsidiariedad (AC 004/2010-RCA, 011/2010-RCA, entre otras):

a) Cuando: *“las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno”* que puede presentar bajo dos supuestos distintos:

- *“Cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación”* que hace parte a los recursos ordinarios en la vía judicial o administrativa lo que sucede por ejemplo cuando no se apeló una resolución agravante (AC 0044/210-RCA) o cuando no se agotó la reconsideración en materia municipal (SC 0866/2010-R).

- *“Cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico”* de forma que si bien el recurso no está formalmente establecido por el legislador como un recurso ordinario tiene un efecto similar aspecto que sucede por ejemplo cuando se alega una notificación viciada de nulidad que provocó la ejecutoria de la causa y no se agotó el incidente de nulidad (SC 0942/2010-R).

b) Cuando: *“las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa”* que también puede presentar dos supuestos diferentes:

- *“Cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados”* situación que se presenta cuando por ejemplo se rechazaron recursos administrativos por su planteamiento extemporáneo (AC 0014/2010-RCA y AC 0023/2010-RCA).

- *“Cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución”* como sucedió en la SC 0311/2010-R, SC 0450/2010-R y SC 0603/2010-R.

Asimismo, debe indicarse que únicamente resulta exigible el agotamiento de recursos idóneos para el restablecimiento de los derechos fundamentales y garantías constitucionales supuestamente vulnerados, de forma que por ejemplo no resulta necesario agotar una solicitud de complementación y enmienda que únicamente puede corregir de una resolución aspectos de forma pero nunca de fondo (AC 0004/2010-ECA, AC 0044/2007-RCA), el proceso contencioso administrativo contra una resolución que en el ámbito administrativo haya resuelto un recurso jerárquico porque los derechos fundamentales y las garantías constitucionales deben reestablecerse dentro de los propios procesos sin que sea posible exigirse el agotamiento de otro proceso como es el proceso contencioso administrativo en la vía judicial (AC 0002/2010-RCA, SC 0411/2010-R, SC 0375/2010-R), entre otros.

4 FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

Por otra parte, si bien el amparo constitucional no puede utilizarse para sustituir o reemplazar a los medios ordinarios de protección y resguardo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales (principio de subsidiariedad), por su propia naturaleza jurídica caracterizada por la celeridad únicamente puede activarse para otorgar: “...*la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados*” (art. 129-I de la Constitución Política del Estado).

En este sentido, la inmediatez del amparo constitucional conforme la jurisprudencia contenida en la SC 921/04-R ratificada por el Tribunal Constitucional transitorio implica los siguientes aspectos:

Un aspecto o elemento **positivo**, referido a que la tutela que el amparo constitucional otorga debe ser capaz: “...*de producir el resultado para el que ha sido concebido...*”³ que confluente en la posibilidad que excepcionalmente pueda **otorgarse de forma directa la tutela inmediata** del amparo constitucional incluso sin agotar las instancias, vías o recursos previos al amparo constitucional cuando la ilegitimidad del acto o de la omisión ilegal o indebida sea “*clara y manifiesta*”, es decir que no requiera de mayor debate probatorio y a la vez exista el peligro de un “*daño grave e irreparable*” como sucede en casos en los cuales están involucrados derechos de niños (SC 0294/2010-R, SC 0165/2010-R), ante vías o medidas de hecho consistentes en avasallamientos a la propiedad privada (SC 0155/2010-R, SC 0145/2010-R) o el ejercicio de justicia por mano propia de parte de propietarios sobre sus inquilinos (SC 0131/2010-R, SC 0355/2010-R) o que pueda **otorgarse la tutela inmediata del**

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 8/87. 30 de enero de 1987.

amparo constitucional de transito que únicamente requiere la existencia del peligro de un “*daño grave e irreparable*” que impida que posteriormente un fallo judicial no pueda devolver la situación concreta al estado anterior a la supuesta violación del derecho fundamental o garantía constitucional, provocando por ejemplo que ante medidas o vías de hecho se otorgue la tutela provisional a favor de un despojado de un inmueble donde vive mientras se tramite un interdicto de recobrar la posesión (SC 0234/2010-R), o se tomen medidas a favor de menores de edad mientras dure un proceso de guarda (SC 0165/2010-R), etc.

Un aspecto o elemento **negativo**, que impele al planteamiento de la demanda de amparo constitucional en un término cronológico oportuno que en el derecho boliviano es de seis meses (art. 129-II de la Constitución Política del Estado) de forma que: “...ningún actor procesal puede pretender que el órgano jurisdiccional esté a su disposición en forma indefinida...” (SC 1157/2003-R). Asimismo, en Bolivia el plazo de seis meses para interponer una demanda de amparo constitucional se entendió razonable si se considera que coincide con el término de la etapa preparatoria en el proceso penal boliviano para la investigación de la comisión de delitos⁴, y coincide con el plazo que se cuenta para plantear una denuncia al sistema interamericano de protección de derechos humanos⁵, además de permitir el resguardo al principio de seguridad jurídica al impedir que luego de transcurrido un considerable término de tiempo pueda revisarse y dejarse sin efecto situaciones jurídicas consolidadas incluso a favor de terceras personas de buena fe.

5 EL CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LOS SEIS MESES A EFECTOS DE LA INMEDIATEZ DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

El art. 129-II de la Constitución Política del Estado establece que: “*la acción de amparo constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial*” previniéndose dos supuestos: “...a) *Desde la vulneración al derecho o garantía constitucional, cuando no existen medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico para reclamar la supuesta lesión, o b) Desde la notificación con la última decisión administrativa o judicial...*”⁶.

En este contexto, el cómputo del plazo de inmediatez se efectúa desde:

⁴ BOLIVIA. Código de Procedimiento Penal. 1999. Art. 134.

⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Art 46.1.b.

⁶ Voto disidente del magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés en la SC 751/2010-R.

- a) La notificación oficial con una resolución presuntamente atentatoria a un derecho o garantía que agota las instancias previas al amparo constitucional, sean judiciales (SC 0406/2010-R) o administrativas (AC 0028/2010-RCA), debiéndose entender por ende que dicho cómputo se efectúa por ejemplo desde la notificación con la última resolución en la vía judicial que causa agravio y no con el auto de ejecutoria (SC 0761/2010-R), o por ejemplo con la notificación de un recurso jerárquico en un proceso administrativo disciplinario y no desde la notificación con el memorándum de destitución que emerge a consecuencia de dicho fallo (AC 0230/2010-RCA).
- b) Complementario al entendimiento anterior, el cómputo del plazo de inmediatez también se efectúa desde que el agraviado llega a conocer incluso extraoficialmente la resolución judicial o administrativa impugnada, lo que sucede por ejemplo cuando a raíz de una solicitud se obtuvo fotocopias de la resolución impugnada operando en esos casos la notificación tácita (AC 0020/2010-RCA), o cuando existe una declaración, o un documento donde el accionante manifieste haber conocido de la resolución en cuyo caso el cómputo se efectuará desde que se sostiene haberse conocido la resolución impugnada (AC 0027/2010-RCA, SC 0447/2010-R).
- c) Asimismo, en base al deber de diligencia y buena fe que rige la conducta de las partes procesales se presume el conocimiento de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia –ahora Tribunal Supremo- notificadas por cédula en secretaría de cámara (SC 0347/2010-R SC 0915/2010-R, SC 0700/2010-R).
- d) Cuando se impugna una omisión referida a la no emisión de una resolución, o la no realización de un acto que contaba en la norma con un plazo específico, entonces el cómputo del plazo de inmediatez se efectúa desde que concluyó el plazo previsto en la norma para emitir o realizar dicho acto o resolución (AC 0082/2010-RCA, AC 0295/2010-RCA-BIS).
- e) La mayoría de los Magistrados del Tribunal Constitucional sostuvo que cuando una solicitud de aclaración, complementación y/o enmienda de una resolución es rechazada la misma no llega a formar parte de la resolución, por lo que el cómputo del plazo de la inmediatez sigue efectuándose desde la notificación con la resolución principal (AC 0257/2010-RCA, AC 0285/2010-RCA).
- f) Finalmente, debe aclararse que el plazo de inmediatez se suspende por el planteamiento de una acción tutelar anterior con los mismos supuestos de sujetos, objeto y causa que no haya ingresado al fondo del asunto por defectos subsanables y que por lo tanto no alcanzó a cosa juzgada

constitucional (AC 0007/2010-RCA, SC 0377/2010-R) pero no cuando se agotaron recursos notoriamente inidóneos, lo que sucede por ejemplo cuando se plantea casación contra un auto de vista que resuelve un incidente en ejecución de sentencia civil (AC 0043/2010-RCA), o cuando se efectúa una solicitud que es rechazada y se reitera constantemente la misma (SC 1461/2010-R) en cuyo caso se computa el plazo de inmediatez desde que se agotó el último recurso o instancia idónea.

6 CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE ALGUNOS CASOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA

6.1 Pluralidad de Argumentos Algunos Incompatibles en Resoluciones Constitucionales

- a) En la SC 0924/2010-R la parte accionante manifestó que fue notificada en Secretaría de Cámara con un auto de vista, cuando debió ser notificada en su domicilio procesal, pero se denegó la tutela sin entrar a considerarse el fondo de la problemática sosteniéndose que el propio accionante señaló como domicilio procesal la Secretaría de Cámara (**argumento de fondo**) además de que no se acudió al propio tribunal para reclamar esa situación (**subsidiariedad**).
- b) En la SC 0636/2010-R dentro de un amparo constitucional se denegó la tutela sosteniéndose que la accionante durante la tramitación de un juicio penal interpuso incidente nulidad alegando actividad procesal defectuosa por la incorrecta notificación con una querrela en su contra sosteniéndose por parte del órgano de control de constitucionalidad que: “...de los antecedentes presentados se verifica que (la accionante) se apersonó ante el Juez demandado, señalando en forma expresa que se daba por legalmente notificada y, lo que es más, presentó prueba de descargo, lo que significa que la notificación cuestionada cumplió su finalidad...” (**argumento de fondo**) pero a la vez respecto a la actuación de los vocales que rechazaron ingresar al fondo de la problemática se sostuvo que: “...los Vocales codemandados no podían entrar a considerar la apelación incidental, interpuesta dentro del juicio, dado que dicha impugnación sólo es admisible considerarla en apelación restringida, previa reserva de hacerlo...” (**subsidiariedad**).
- c) En la SC 1331/2010-R la accionante manifestó que era funcionaria de carrera del Servicio Nacional de Caminos en liquidación (SNC en liquidación) y siendo destituida de su cargo no impugnó su memorándum de despido,

puesto que el día de su destitución fue contratada a prueba por la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC) en el mismo cargo que cumplía en el Servicio Nacional de Caminos en liquidación, pero luego fue destituida por memorándum que sí impugnó mediante recurso de revocatoria y jerárquico alegando gozar de inamovilidad funcionaria por ser servidora pública de carrera, sin embargo la decisión de desvinculación laboral fue confirmada. Posteriormente, la accionante planteó amparo constitucional contra la última resolución, denegándose la tutela con el argumento de que conociendo el primer memorándum debió agotar los recursos de revocatoria y jerárquico en contra del mismo (**subsidiariedad**) y que desde dicho memorándum dejó transcurrir más de seis meses (**inmediatez**)⁷.

- d) En la SC 0347/2010-R los actores del amparo constitucional manifestaron que los vocales demandados dictaron un auto vista en un proceso penal revalorizando la prueba que sólo podía efectuarse por el tribunal *a quo*, aspecto no subsanado por los Ministros de la Corte Suprema de Justicia demandados; sin embargo, se denegó la tutela porque desde la notificación con el auto supremo mediante cédula en Secretaría de Cámara de la Corte Suprema de Justicia habían transcurrido más de seis meses (**inmediatez**) y que: *“...si los accionantes hubiesen actuado diligentemente, demostrando la responsabilidad y lealtad exigida, en su momento hubiesen interpuesto un incidente de nulidad de notificación, donde se habría dado respuesta a la duda respecto a la notificación...”* (**subsidiariedad**).

La invocación de un argumento de fondo en una sentencia constitucional que deniega la tutela impide volver a plantear el amparo constitucional, pero resultaría contradictorio que en los mismos fallos se invoque el incumplimiento al principio de subsidiariedad que en ciertos casos -como sucedió en la SC 0924/2010-R y la SC 0636/2010-R- posibilitaría que una vez agotadas las instancias pueda volverse a plantear una nueva demanda de amparo constitucional, puesto que la consideración de las causales de improcedencia y de inadmisibilidad son previos a la consideración del fondo de la problemática conforme se resaltó en AC 0081/2010-RCA y AC 0037/2010-RAC, donde se sostuvo por parte de la Comisión de Admisión que en la etapa de admisibilidad no era posible el rechazo a una demanda de amparo constitucional con argumentos de fondo.

Por otra parte, puede extraerse que las causales de subsidiariedad e inmediatez no deberían citarse conjuntamente –como sucedió en la SC 1331/2010-R y la SC 0347/2010-R- pues el plazo de seis meses de inmediatez corre desde agotadas

⁷ Con argumento similar la SC 0185/2010-R.

las instancias legales idóneas; es decir, de cumplido el requisito de subsidiariedad como se sostuvo por ejemplo en la SC 0761/2010-R que estableció:

“...aclarando al accionante que el inicio del cómputo de dicho plazo, es en consideración y armonía con el principio de subsidiariedad que es el agotamiento de los medios y recurso idóneos, y desde la notificación con la resolución judicial o administrativa que se considera lesiva a los derechos fundamentales, es desde ahí que se computa el plazo...”.

Finalmente, referir que este problema de argumentación –que no sólo acoge al Tribunal Constitucional boliviano sino a casi todos los órganos de control de constitucionalidad en el mundo- impide que los fallos tengan una *ratio decidendi* clara, entorpecen la labor de pedagogía constitucional y crean incertidumbre al momento de aplicar el precedente obligatorio.

6.2 Los Incidentes de Nulidad como Recurso Efectivo para Denunciar la Vulneración a Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales Frente a Resoluciones Judiciales que han Adquirido la Calidad de Cosa Juzgada

Para determinar la idoneidad del incidente de nulidad a efectos de que un juez deje sin efecto sus propias resoluciones pienso que debe considerarse al menos las siguientes sentencias constitucionales:

En la SC 1014/2010-R la parte accionante manifestó haber sido notificada con un auto de vista en secretaría de cámara ignorándose la jurisprudencia constitucional que establecía que ante el tribunal de apelación permanece el domicilio procesal señalado en primera instancia a efectos de las correspondientes notificaciones, denegándose la tutela por parte del Tribunal Constitucional con el argumento de que una vez devuelto el expediente al juzgado de origen el accionante planteó un incidente de nulidad que fue rechazado y que apeló encontrándose pendiente de resolución, evidenciándose que con la activación del amparo constitucional se habían activado dos vías paralelas para impugnar el mismo acto.

En la SC 0521/2010-R dentro de un amparo constitucional la parte accionante denunció que los vocales demandados no hicieron una fundamentación propia al momento de confirmar el fallo del juez *a quo* que había impugnado; sin embargo, se denegó la tutela pues con dicho auto de vista se notificó el 18 de agosto de 2006 y hasta la fecha del planteamiento de la demanda de amparo constitucional de 11 de diciembre de 2006 habían transcurrido más de seis meses que hacen referencia al plazo de inmediatez. El Tribunal Constitucional no consideró a efectos de dicho cómputo la reposición bajo alternativa de apelación y la nulidad del Auto de Vista solicitada por el accionante en la “vía incidental” por: “...tratarse de recursos inidóneos para revertir el supuesto acto ilegal denunciado...”.

Por su parte en la SC 0924/2010-R dentro de un amparo constitucional la parte accionante sostuvo que con un Auto de Vista fue notificado indebidamente en secretaría de cámara y no en su domicilio procesal, denegándosele la tutela sin ingresarse al fondo de la problemática por parte del órgano de control de constitucionalidad por no haberse acudido al Tribunal demandado para reclamar la supuesta vulneración al debido proceso⁸.

Respecto a la idoneidad de los incidentes de nulidad, para que un juez deje sin efectos sus propias resoluciones incluso si las mismas han adquirido la aparente calidad de cosa juzgada, se tiene que la SC 0495/2005-R sostuvo que: *“...es necesario dejar establecido que es perfectamente posible el planteamiento del incidente de nulidad en ejecución de Sentencia buscando la reparación de un proceso ilegal por vulneración de derechos y garantías, y de ningún modo ello puede ser considerado como una situación en la que el juez esté revisando su propia actuación pues como lo reconoce la doctrina los actos procesales desarrollados en vulneración de derechos y garantías se reputan como inexistentes...”*. A partir de lo referido el agotamiento del incidente de nulidad en materia penal mediante la actividad procesal defectuosa absoluta o relativa (SC 1346/2010-R), en procesos coactivos (SC 0648/2010-R), en procesos ejecutivos civiles (SC 0133/2010-R) se ha vuelto imperativo previamente al planteamiento de un amparo constitucional; sin embargo, considero que la jurisprudencia constitucional debió efectuar las siguientes precisiones:

Mediante los incidentes de nulidad únicamente pueden cuestionarse y controvertirse aspectos meramente procesales, fundamentalmente referidos a defectuosas notificaciones o a la inexistencia de las mismas, que provoquen indefensión absoluta pero no puede pretenderse cuestionar aspectos de fondo referidos al derecho sustantivo con la finalidad de reabrir la instancia procesal - conforme parece sugerirse en la SC 0521/2010-R referida-, por operar en dichos casos los principios de convalidación y preclusión -SC 0731/2010-R-.

Asimismo, si bien la posibilidad de plantear un incidente de nulidad no tiene un plazo establecido inclusive por su propia naturaleza; sin embargo, la posibilidad de su planteamiento no debería permanecer indefinidamente abierta porque de lo contrario se afectaría la seguridad jurídica, se comprometería el derecho de terceros de buena fe y se afectaría al correcto funcionamiento del aparato jurisdiccional; de forma que debería establecerse que: 1) Es posible el planteamiento de incidentes de nulidad antes de emitirse la resolución o sentencia que resuelva el fondo de la problemática; 2) En los casos en los que se alegue indefensión absoluta el incidentista, desde que puede evidenciarse que conoció de la resolución impugnada debería contar con el mismo lapso que tiene para plantear excepciones en el proceso en cuestión.

⁸ En igual sentido la SC 0896/2010-R.

Por otra parte, la SC 1014/2010-R referida anteriormente estableció por parte del órgano de control de constitucionalidad que devuelto un expediente al juez *a quo* la parte accionante invocó una notificación defectuosa realizada en el tribunal de apelación por lo que planteó incidente de nulidad, que tras rechazarse provocó planteo de apelación y paralelamente amparo constitucional, incumpliendo el principio de subsidiariedad. Dicha decisión si bien es formalmente correcta por la mala fe de la parte accionante al aperturar de forma paralela dos vías impugnativas con la misma finalidad se tiene que debió establecer que dicho incidente de nulidad se tenía que plantear ante la propia sala que habría inobservado la correspondiente notificación - conforme puede extraerse de la SC 0924/2010-R-, puesto que un juez *a quo* no puede dejar sin efecto la decisión de un tribunal superior y conforme la SC 0698/2006-R un tribunal ordinario tampoco puede dejar sin efecto las decisiones de otro órgano jurisdiccional de igual jerarquía salvo actúe como juez o tribunal tutelar aspecto que no se presenta en el planteamiento de incidentes de nulidad.

6.3 La Vía Idónea para el Cobro de Honorarios Profesionales por Parte de Abogados Patrocinantes.

En la SC 0644/2010-R un abogado planteó un amparo constitucional manifestando que el juez demandado rechazó su solicitud de calificación y pago de costas procesales disponiendo que sus honorarios profesionales sean pagados por la empresa a la que representó en un proceso ejecutivo de orden civil y no así por la parte procesal adversa perdidosa.

El referido fallo en su *ratio decidendi* concluyó que un abogado no puede proceder a tramitar y cobrar a título personal las costas procesales porque del art. 194 del Código de Procedimiento Civil se establece que: ***“las disposiciones de la sentencia sólo comprenderá a las partes que intervinieren en el proceso y a las que trajeren o derivaren sus derechos de aquellas”*** que debe interpretarse en el marco del art. 199 del mismo cuerpo adjetivo civil que sostiene: ***“...las costas del proceso comprenderán los diversos gastos justificados y necesarios hechos por la parte victoriosa...”*** y que ***“...comprenderán el honorario de abogado...”*** entre otros, por lo que se dedujo que las costas procesales deben cobrarse por la parte victoriosa del proceso pero no por su abogado patrocinante quien para dicho efecto requeriría un poder expreso.

En este contexto, el Tribunal Constitucional claramente sostuvo que:

“...el representado del accionante actuó como abogado patrocinante de la empresa SEPSA dentro del proceso ejecutivo seguido por este último contra la empresa minera “ARISUR Inc.”, en el que se dictó Sentencia declarando probada la demanda con costas a favor del ejecutante. Ello implica que la regulación de las costas y su pago sólo pueden ser reclamadas por el ejecutante en forma personal o a través de apoderado con poder suficiente... Sin embargo, al presente, el monto del honorario

profesional objeto del presente recurso, no puede ser reclamado directamente por el accionante... al no tener personería para el efecto, pues no podemos dejar de lado que los honorarios profesionales del abogado, en virtud al art. 199 del CPC antes citado forman parte de las costas que corresponden -en este caso- al ejecutante, no al abogado... Lo que no excluye la posibilidad de que la mandante del accionante, pueda acudir a las vías idóneas ordinarias para procurar el cobro de los honorarios profesionales que se le adeudan...".

Ahora bien **para el análisis y determinación de la vía idónea en el cobro de honorarios profesionales** tendría que considerarse las siguientes resoluciones constitucionales:

En la SC 0265/2010-R una abogada patrocinante reclamó que había suscrito iguala profesional con su cliente donde establecieron que procedería a cobrar el 50% de los bienes emergentes de una declaratoria de herederos previa investigación sobre la existencia de los mismos, y encontrando dicha abogada cuentas bancarias logró que su cliente se titularice la suma de \$us 83.290,50, pero que ignorando dicho acuerdo el juez de la causa únicamente le calificó la suma de Bs. 2.000 como monto correspondiente a honorarios profesionales.

La mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional (Dr. Juan Lanchipa Ponce, Dr. Ernesto Félix Mur y Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños) resolvieron denegar la tutela porque la iguala profesional no refería a un monto preciso (SC 0187/2006-R y SC 0339/2005-R) y porque los honorarios profesionales del abogado debieron fijarse: *"...tomando en cuenta el monto del asunto o proceso si fuere susceptible de apreciación pecuniaria, la naturaleza y complejidad del asunto o proceso, el resultado que se hubiere obtenido, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, la trascendencia jurídica, moral y económica que tuviere el asunto o proceso para casos futuros, para el cliente y para la situación económica de las partes... (pues al entender de la mayoría de los magistrados)... estos parámetros sirven para fijar un honorario profesional racional y equilibrado..."*. ordenando por ende se dicte nueva resolución considerando dichos parámetros.

Sin embargo, este fallo contó con el voto disidente del magistrado Abigail Burgoa Ordoñez y el magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés que procedió a adherirse a dicho voto disidente sosteniéndose que:

"...la proporcionalidad o racionalidad posiblemente afectadas por un contrato sinalagmático, no pueden ser tuteladas de forma directa por el control de constitucionalidad, ya que el proceso ordinario como mecanismo eficiente para tutelar los derechos de las partes contractuales en caso de conflicto de intereses, no puede ser suprimido por la justicia constitucional..." y que toda iguala al constituirse en un contrato podía dejarse sin efecto por: *"...las causas establecidas por ley, entre las cuales verbigracia se encuentra la nulidad de contratos; la anulabilidad; la Rescisión de contratos concluidos en estado de peligro; la Rescisión de contratos por efecto de la lesión; la Resolución por incumplimiento; la Resolución por imposibilidad sobreviniente o la*

lesión por excesiva onerosidad, instituciones disciplinadas por el Código Civil y que podrían ser utilizadas por las partes que se consideren afectadas por la suscripción de una "igualda profesional".

En el AC 0003/2010-CDP en la etapa de calificación de daños y perjuicios posterior a la tramitación de un habeas corpus ahora acción de libertad, la jueza calificó los daños y perjuicios en la suma de Bs. 13.624.- calificando la suma de Bs. 4.000.- por honorarios profesionales a cada uno de los tres abogados que participaron en el planteamiento de la acción constitucional revocando el Tribunal Constitucional dicha decisión con el argumento de que:

"Los honorarios profesionales estipulados en Bs12 000... si bien fueron fijados en función al Arancel del Colegio de Abogados de La Paz; empero, conforme la misma Jueza de garantías señala, el Arancel define el monto de Bs4 000... para el patrocinio de un recurso de hábeas corpus, monto que no puede sobreentenderse que deba cancelarse a cada abogado que actúe dentro de un mismo proceso, toda vez que la actuación de uno o más abogados es un aspecto subjetivo que corresponde a la decisión personal del recurrente o al de su defensa, se entiende entonces que el monto de Bs4 000.- fijado por el Arancel para el patrocinio de un recurso de hábeas corpus, comprende su totalidad, es decir, independientemente de cuántos abogados intervengan en él".

Partiendo de los fallos referidos, puede sostenerse que el derecho al cobro de honorarios profesionales por parte de los abogados deviene fundamentalmente del derecho al trabajo entendido por la jurisprudencia constitucional como: "...la potestad o facultad que tiene toda persona a encontrar y mantener una ocupación que le permita asegurar su propia subsistencia y la de aquellos que se encuentran bajo su dependencia..." (SC 337/04-R) y tanto en procesos civiles (art. 199-II del Código de Procedimiento Civil) como en procesos penales (art. 264 del Código de Procedimiento Penal) los honorarios profesionales forman parte de la calificación de costas procesales.

En este contexto jurisprudencial considero que las apreciaciones contenidas en la SC 0644/2010-R en el marco del voto disidente SC 0265/2010-R, son correctas y deberían dar lugar a la evolución jurisprudencial conforme a las siguientes consideraciones:

- a) Todo abogado patrocinante tiene derecho al cobro de sus honorarios profesionales, puesto que ningún trabajo puede considerarse gratuito sino que al contrario debe presumirse oneroso.
- b) La autonomía de la voluntad faculta a los abogados y a sus clientes a que libremente acuerden el monto de los honorarios profesionales en el marco de las leyes y del orden público (454 del Código Civil), teniendo conforme el art. 519 del Código Civil dicho contrato: "...fuerza de ley entre las partes

contratantes” y: “...no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no dañan ni aprovecha a un tercero...”.

- c) Por otra parte, el contrato de iguala profesional sólo surte efectos entre las partes suscribientes, debiéndose concluir entonces que el abogado patrocinante debe cobrar a su cliente el monto que haya acordado, pero el abogado patrocinante no puede proceder a cobrar dicho concepto a la parte adversa bajo el título de “costas procesales”, y menos un monto particular que haya pactado con su cliente, pues dicho contrato de iguala profesional no es oponible a terceros y por lo tanto no alcanza ni obliga a la parte adversa de la *litis*, que en su caso si es condenada a pagar costas procesales debería cubrir el honorario profesional a la otra parte litigante conforme lo dispuso la SC 0644/2010-R; y de acuerdo al AC 0003/2010-CDP dicho pago debería ser de acuerdo al arancel mínimo del colegio de abogados.
- d) Es decir el abogado patrocinante y su cliente pueden pactar los montos que más convengan a sus intereses, máxime si se considera que el arancel mínimo del colegio de abogados se constituye en un parámetro “mínimo” para acordar el honorario profesional, sin embargo la racionalidad, la proporcionalidad, el objeto cierto, la causa lícita, la excesiva onerosidad del contrato de iguala profesional no debería cuestionarse en la vía constitucional como sucedió en la SC 0265/2010-R y la SC 782/2010-R, sino en los procesos y recursos ordinarios correspondientes, pues lo contrario obligaría al Tribunal Constitucional bajo el principio de igualdad a realizar el control de razonabilidad y proporcionalidad de forma directa de los honorarios profesionales de otro tipo de profesionales como ingenieros, arquitectos, médicos, etc., e implicaría que el órgano de control de constitucionalidad llegue a sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

7 CONCLUSIONES

Los principios de subsidiariedad e inmediatez propios del amparo constitucional velan porque los fines de la referida acción constitucional se cumplan, pero a la vez permiten que su finalidad no se tergiverse en objetivos distintos o ajenos a los de la protección de derechos fundamentales y garantías constitucionales.

La evolución de la jurisprudencia constitucional debe dar lugar a subsanar viejos errores que por su constante repetición no deben considerarse como simplemente correctos.

8 BIBLIOGRAFÍA

ARIAS LOPEZ, Boris Wilson. Amparo Constitucional y Habeas Corpus en la Jurisprudencia Constitucional. Cochabamba: Quipus, 2008.

CONSTITUCIÓN Política del Estado de Bolivia de febrero de 2009.

CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos.

CORTE IDH. www.corteidh.or.cr/

TRIBUNAL Constitucional. <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/>

REFLEXIONES SOBRE EL HABEAS NORMA

REFLECTIONS ON THE HABEAS RULES

Patricio MARANIELLO¹
Universidad de Buenos Aires (UBA)

RESÚMEN: La constitución además de ser una norma fundamental en el mundo jurídico, es una norma de obligatorio cumplimiento, por lo tanto todo lo que ella establezca debe ser cumplido y respetado por el Estado y sus ciudadanos. Cuando alguien comete alguna acción contra la constitución esa conducta es reprochada y juzgada por la justicia. Del mismo tendrá que ser una omisión tanto por parte del Estado como de los particulares. En ese sentido, cuando la constitución o una ley infra constitucional, obliga a regular un derecho, y ese derecho no es regulado produciendo un daño, la justicia debe actuar protegiendo ese derecho y estableciendo las pautas para su utilización. Esto se lo llama "habeas normas", es decir, eres dueño o tráigase la norma, para poder en el caso concreto solucionar los derechos que de ella emanan. El presente trabajo desarrolla y analiza en forma muy precisa y minuciosa el Habeas Normas en particular, sus características y alcances, y su relación con los demás institutos que se asemejan, determinando su diferenciación y las bondades que ostentan el novel instrumento constitucional del "habeas Normas".

ABSTRACT: The constitution in addition to be a fundamental rule in the legal world is a rule of mandatory, therefore all that she established must be fulfilled and respected by the State and its citizens. When someone makes any action against the constitution the conduct is beyond reproach and judged for justice. The same will have to be a failure by both the State and individuals. In that connection, where the constitution or the constitutional law below, obligates regulars a right, and it is not regulated by producing harm, justice must act to protect the right and establishing the guidelines for use. This is called the "habeas rules", i.e. , you are the owner or taigas the norm, to power in the case to solve the rights deriving from it. This paper develops and looks at very precisely and meticulous habeas Rules in particular, their characteristics and scope, and its relation to the other institutes resembling, determining your differentiation and the benefits of the constitution of the instrument novella "habeas Rules".

1 INTRODUCCION

En la Legislatura Porteña se ha presentado un interesante proyecto de ley de la Legisladora Diana Maffia², que reproduce el contenido del proyecto 1353-D-2009, donde se procura regular bajo la denominación de *Hábeas Norma* (en adelante "HN") una vía jurisdiccional excepcional destinada a salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución Nacional.

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho). Profesor de grado y postgrado de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Posgrado en la Facultad de Derecho (Uba) y el Universidad de Andalucía (España); Vice-presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (Mexico). Director y profesor del curso de Posgrado en "Derecho Constitucional para la Integración Judicial", en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² También existen proyectos en el ámbito federal (proyecto del Senador Samuel Cabanchik S-1074/09 y el 6772-D-2006 de la Diputada Alicia Comelli), provincial (senador de Santa Fe, Ricardo Spinozzi) y de la ciudad de Buenos Aires (proyecto N° 224-D-2002 de la ex Diputada Alicia Pierini y el 4454-D-2001 de los ex diputados Víctor Santamaría y Silvia Gotero) que serán comentados a lo largo del presente trabajo.

En los fundamentos del proyecto se expresa que los cuerpos de leyes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los del resto del país, fijan el marco de las políticas de Estado que se corresponden a los objetivos institucionales previamente determinados y a derechos garantizados para los/as ciudadanos/as. Con la acción propuesta se pretende hacer efectivos dichos derechos ante la omisión de una norma reglamentaria.

Continúa diciendo el mentado proyecto, que la omisión del Poder Ejecutivo de dictar en un plazo razonable los necesarios decretos que reglamenten las leyes que conforman el derecho positivo de la Ciudad de Buenos Aires y desarrollan los derechos y garantías vulnera flagrantemente la obligación constitucional del artículo 10º la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ³.

A los efectos de conocer más profundamente la temática en cuestión, resulta importante desarrollar sus características, conceptualizaciones, antecedentes, objetivos y fines más importante, en grado comparativo con otros institutos. Todo ello, para perfeccionar su instrumentalidad y para poder de este modo incorporar correctamente en nuestro ordenamiento jurídico el HN.

2 ETIMOLOGIA Y CONCEPTO

Habeas norma, son dos palabras latinas que significan literalmente “tráigase tu norma” o “que tengas tu norma”. *Hábeās* segunda persona singular del presente de subjuntivo del verbo latino *habēre* (‘tener’).

Saber cuándo se ha dado inicio a dichas palabras no resulta tarea sencilla, pero podemos decir que es una garantía constitucional que protege a toda persona física o jurídica de la inacción del estado en reglamentar un derecho, mediante el dictado de una decisión jurisdiccional donde se ordene, si encuentra motivo para ello, a un organismo estatal provincial o municipal que subsane la omisión reglamentaria, dentro del plazo y bajo la sanción que el tribunal determine.

Sera el juez competente el que decida sobre la viabilidad de su regulación o su continuación en su formato actual, según los motivos, pruebas y características especiales que las partes realicen en la causa.

3 ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES NACIONALES

Si bien existen interesantes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) donde se habla de omisiones reglamentarias, a mediados

³ Art. 10 de la CCBA: “Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

de los años 1950 fue cuando ha adquirido mayor protagonismo. Me refiero justamente a una de las garantías innominadas más importantes de nuestro sistema jurídico, “el amparo”. Con ello se marca definitivamente el camino hacia la protección de los derechos por sobre cualquier impedimento formal. Al respecto resulta conveniente recordar los casos “Siri” y “Kot SRL” cuya parte pertinente se reproduce a continuación:

En el famoso caso “Siri” se ha establecido que:

“... basta la comprobación inmediata, de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias...”⁴.

Por su parte en el caso “KOT SRL” se dan los siguientes lineamientos:

“... La Constitución Nacional está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes “los beneficios de la libertad” y este propósito se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, obstaculizan o postergan la efectiva plenitud de los derechos...”⁵.

Luego de 50 años, la Corte recientemente en el caso “Halabi”, ha reflatado dichos argumentos donde expresa que “*donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer*”.⁶

En estos tres casos se le ha dado nacimiento al amparo y a la acción de clase respectivamente, sin una norma que regule su aplicación, dando inicio a la actividad judicial frente a la inactividad reglamentaria del estado. Ambas garantías tienen en común que en ninguno de los tres casos se declaró la inconstitucionalidad por omisión, es decir, se resolvió cubrir un vacío legal en lo que hace a las garantías constitucionales necesarias para una adecuada protección de los derechos allí alterados, sin hablar de la inconstitucionalidad que ello podría producir; muchos autores las denominan *sentencias integradoras*.

Otro caso de relevancia es “*Verbitsky*”⁷ donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin declarar la inconstitucionalidad resolvió que el estado debería adaptar la legislación a los cánones del campo transnacional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), en especial lo resuelto en el caso: “*Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*” del 02 de septiembre de 2004. Por lo tanto la Corte Argentina exhorto a los Poderes Ejecutivos y Legislativos de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva,

⁴ CSJN in re: “Siri, Ángel”, del año 1957, T. 239, P. 459

⁵ CSJN in re: “*Samuel, Kot S.R.L.*”, del año 1958, T. 241, P. 291.

⁶ CSJN in re: “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 -dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*”, del 24 de febrero de 2009.

⁷ CSJN in re: “*Verbitsky, Horacio*”, del 05/03/2005, fallos 328:1146.

excarcelación y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. Aquí nos hallamos frente a una “*sentencia exhortativa*” que sin declarar la inconstitucionalidad de ninguna norma solo requiere modificar y adaptar sus normativas.

Las sentencias exhortativas provienen del Derecho Procesal Constitucional de la mano de Néstor Sagües quien fue su mayor impulsor⁸. Dicho autor nos indica que en Argentina ha tenido aplicación jurisprudencial la especie conforme a la cual el tribunal declara que entiende que una norma “parecería” inconstitucional o alejada de reglas constitucionales, exhortando su cambio al Poder Ejecutivo y/o a Poder Legislativo.

Por su parte Peyrano considera que en vez de declarar la inconstitucionalidad correspondiente se realiza una sugerencia. Lo ideal es que la exhortación del caso sea acompañada de precisiones acerca de cómo y qué reformular, los tiempos dentro de los cuales debe concretarse y la previsión de consecuencias aflictivas para la hipótesis de que el exhortado no accediera a generar los cambios correspondientes dentro del lapso indicado. De lo contrario, la resolución en cuestión sería meramente “declarativa”, forma larvada bajo la cual tribunales cimeros esconden, a veces, su impotencia para hacer realidad lo que sugiere en vez de ordenar; y ello no por prudencia o respeto a la división de poderes sino por temor a ser desobedecidos. Cabe acotar que también existen sentencias que pueden clasificarse como exhortativas, en las cuales “el aviso “no se dirige a poderes públicos sino a particulares.”⁹

En el caso “*Campodónico de Beviacqua Ana c/ Ministerio de Salud*” del 24/10/2004, se decidió integrar el derecho vigente con los estándares provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, dando relevancia al interés superior del niño que necesita una protección y asistencia especial, eludiendo así todo conflicto de competencia o deberes entre organismos responsables de su atención. En este caso estamos frente a “*sentencias aditivas*”¹⁰ de tipo asistencial en los derechos del niño a las regulaciones internacionales.

Sin perjuicio una parte de la doctrina la denomina *sentencias determinativas*, donde su característica consiste en completar o integrar una relación jurídica ya existente, aunque no determinada en todos sus elementos.¹¹

⁸ SAGUES, Néstor: “Las sentencias constitucionales exhortativas y recepción en la Argentina”, La Ley 2005-F, 1461.

⁹ PEYRANO, Jorge W. “Las resoluciones judiciales diferentes –anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias–”, La Ley diario del 05 de diciembre de 2011.

¹⁰ Con esta denominación se refiere a “la que añade algo a un texto legal, para tomarlo compatible con la constitución, en algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal

¹¹ ROCCO, Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1970, Temis –De Palma, T.II, pag. 263.

Otro caso interesante de sentencias aditivas es la resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Vizzotti”¹², donde, partiendo de la base de la inconstitucionalidad de la indemnización tarifada para el despido sin causa que preveía la norma infraconstitucional, el Tribunal establece pretorianamente que la base salarial a tener en cuenta para calcular la indemnización no puede ser reducida en más de un 33% del salario real.

En el caso “Astiz”¹³, donde se rechazó el pedido de extradición a Francia del mencionado y en forma paralela, el máximo tribunal ordenó que la Unidad de Superintendencia para Delitos de Lesa Humanidad -creada por la acordada N° 42/08 de la Corte Suprema de Justicia-, en el ámbito de su competencia, adopte las medidas necesarias para sortear las dificultades operativas que puedan demorar el avance del proceso sustanciado en jurisdicción nacional contra Astiz.

En este último caso se ordena sortear problemas operativos que se tengan a lo largo del proceso, mediante resoluciones o sentencias que favorezcan el procedimiento de juzgamiento en los delitos de lesa humanidad, mediante “*sentencias pro homine*”. A mayor abundamiento cuadra añadir que el principio pro homine constituye un criterio hermenéutico que informa todo el sistema de protección de los derechos humanos. En virtud de ello se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos humanos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.¹⁴

Las sentencias judiciales que reconozcan un alcance de protección más amplio deberían prevalecer, especialmente las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se refieren al contenido de las normas de derechos humanos.¹⁵

Finalmente, en todos estos casos enunciados existen los siguientes puntos en común que sirve como antecedentes del HN: 1) la falta de regulación de un derecho, 2) la no declaración de inconstitucionalidad de la norma, 3) el activismo judicial en lo que hace a la creación de un buen derecho procesal o sustancial, 4) la determinación de una legislación positiva provisoria atento que no se crean normas generales sino particulares y excepcionales a los casos concretos.

4 PROYECTOS LEGISLATIVOS

¹²CSJN del 12 de septiembre del 2004.

¹³ CSJN in re: “Astiz, Alfredo” del 4 de octubre 2011.

¹⁴ CNACAF – SALA V –“S.A.M. y otro c/Consejo Nacional de la Niñez Adolescencia y Familia s/amparo ley 16.986”, expte. N° 153.378/2002, del 19/10/2011.

¹⁵ PINTO, Mónica: “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales”, Cels. Editores del Puerto, 2004, pág. 163.

Fueron muchos los proyectos de HN entre los cuales hemos encontrado los siguientes:

- En el ámbito federal (proyecto del Senador Samuel Cabanchik S-1074/09 y el 6772-D-2006 de la Diputada Alicia Comelli),
- Provincial (senador de Santa Fe, Ricardo Spinozzi) y
- En la ciudad de Buenos Aires (Legisladora Diana Maffia).

Los proyectos señalados tienen un objetivo común, lograr un mandato judicial que ordene al organismo público competente subsanar la omisión dentro de un plazo razonable, aunque existen diferencias entre ellos en cuanto a la denominación y en ciertos aspectos que se detallaran a continuación.

Entre dichas distinciones podemos citar el proyecto de Samuel Cabanchik, quien al *HN* lo llama "*Acción por omisión reglamentaria*" y lo asimila en muchos aspectos al amparo –ver art. 4 sobre competencia-. También tenemos el caso de la media sanción que dio el 10 de septiembre de 2011 la Cámara de Senadores de la Provincia de Santa Fe, en torno al proyecto de ley del senador Ricardo Spinozzi -por el departamento de General López - quien promueve la "*Acción de amparo por omisión reglamentaria*" y será competente para entender en la acción de amparo prevista por la Ley, la Cámara en lo Contencioso Administrativo con sede en la Circunscripción del domicilio real o social del actor.

Por su parte el proyecto de la legisladora de la ciudad de Buenos Aires Diana Maffia denomina acción de HN a la decisión jurisdiccional que declare la existencia de la omisión en reglamentar y emite un mandato de hacerlo al organismo competente.

5 REGULACION NORMATIVA

5.1 Derecho Comparado

5.1.1. Brasil

Muchos autores consideran que el antecedente más cercano del HN son los mandamientos o más conocidos como los Mandamus. En la constitución de Brasil existe el denominado "*Mandato de Injunção*" que es en su esencia una acción de HN. Y se encuentra regulado del siguiente modo en el art. 5 incisos LXXI de la Constitución de 1988,

"..el mandato de injunção se dicta siempre que a falta de norma reglamentaria se tornen inviáveis el ejercicio de los derechos o libertades constitucionales...."

La doctrina la ha catalogado como una acción sumaria especial garantizadora de los derechos básicos con aspectos similares al amparo, aunque con carácter más restrictivo, subsidiaria, procedente cuando la ausencia de normas reglamentarias obsta al ejercicio de los derechos constitucionales.¹⁶

Al respecto resulta necesario diferenciarlo de los writs angloamericanos que son dos: el *writ of injunction* y el *writ of mandamus*, el primero es un mandamiento de prohibición (injunction) que no haga, mientras que el segundo es un mandamiento de ejecución (mandamus) que si haga.

Es por ello, que Osvaldo Gozaini considera que resulta impropia la denominación *mandato de injunção* pues el término de *injunção*, que deriva del derecho anglosajón *injunction* significa "prohibición judicial". En cambio sería más apropiado el *writ of mandamus* que es una orden dirigida a una autoridad para que cumpla un deber impuesto legalmente, para cuyo ejercicio no existe una norma reglamentaria.¹⁷

5.1.2 México

En México varios estados resolvieron asumir en sus Tribunales Superiores locales, la posibilidad de dictar sentencias ante la omisión o retraso en el dictado de normas reglamentarias de derechos, con la figura de inconstitucionalidad por omisión.

Tales son el caso del Estado de Veracruz que en su constitución prevé la inconstitucionalidad por omisión legislativa, en los casos en que se estime que el congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que esto constituya violación constitucional, confiriendo legitimación al Gobernador del Estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos, otorgando un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto en cuestión, pero no establece la ley faltante sino que tan solo exhorta al poder legislativo para hacerlo.

Un poco más expansivo es el art. 81 de la Constitución de Tlaxcala, que le otorga al pleno del Tribunal Superior de Justicia la misma potestad pero ocupándose no solo de la omisión legislativa sino también de la rémora de la administración en la emisión de reglamentos o actos administrativos de carácter general. El mismo desempeño se encuentra regulado en las Constituciones de Chiapas y Quintana Roo.

5.1.3. Ecuador

El art. 436 establece que la Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones, entre ellas el inc. 3 le da la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o

¹⁶ DIOMAR Acker Filho. "*Mandato de Injunção*" em *Revista dos Tribunais*, vol. 628, febrero de 1988, p. 423.

¹⁷ GOZAINI, Osvaldo: "Las sentencias que legislan", Rev. La Ley del 30 de noviembre de 2010.

autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

5.1.4 Bolivia

Si bien en Bolivia no se encuentra regulado dentro de la Constitución el recurso de inconstitucionalidad por omisión fue permitido por vía interpretativa por el Tribunal Constitucional, hoy llamado Tribunal Constitucional Plurinacional, pero tan solo se limitó a cuestiones legislativas parciales y no totales.

5.1.5 Colombia

En Colombia se implementó una especie de HN con el nombre de “inconstitucionalidad por omisión legislativa” recién en la constitución de 1991.¹⁸

Sin embargo la Corte de Colombia en la sentencia C-073 del año 1996 desechó la posibilidad de realizar la inconstitucionalidad por omisión absoluta, ya que, según esta sentencia, no tendría competencia para fiscalizar lo que el legislador genéricamente omitió, conforme directrices constitucionales, pero si el control más o menos extenso de la labor legislativa.

Es decir en Colombia existen dos tipos dogmáticos, en primer lugar la figura proveniente de Alemania de la “*exclusión arbitraria de beneficios*” que tiene como metodología para el control, el parámetro normativo de vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso y por otro lado la doctrina italiana de las *sentencias sustitutivas e integradoras* donde en la parte resolutive la Corte mediante sentencia puede corregir la legislación omisiva integrando el precepto.¹⁹

A mayor abundamiento en Colombia también existe la *acción de cumplimiento* regulada en el art. 81 por la cual se posibilita a toda persona la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.²⁰

¹⁸ GOZAINI, Osvaldo, op.cit.

¹⁹ GOZAINI, Osvaldo, op.cit.

²⁰ VELANDIA CANOSA, Eduardo (coautor): “La acción de cumplimiento de Colombia”, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Ed. La Ley, 2010.

5. 2 Régimen Nacional

Como ya se ha señalado, en el ámbito federal de nuestro país el HN no tiene una norma expresa que la regule, sino que surge del art. 33 de la Constitución Nacional, en donde se estipulan la viabilidad de los derechos y garantías no enumerados.

Sumado a lo dispuesto por la Convención Americana de Derecho Humanos que en su art. 2 establece el compromiso internacional de los Estados partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades.

5.2.1 Río Negro

La constitución de Río Negro dispone en su artículo 207, inc. 2: El Tribunal Superior ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos... En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

En palabras de Sagües²¹ la inclusión de esta figura en la Constitución rionegrina implicó abandonar la tesis de la mora legislativa como una cuestión política no justiciable o reservada al autor de la mora. Sostiene que la formula utilizada, no obstante el coraje jurídico que evidencia, lo hace en términos de cautela y de respeto al principio de división de poderes, aunque dando predominio, al principio de la Supremacía Constitucional.

En el caso "*Robles de Giovannini Modesta s/ mandamus*"(expte N° 7623/89 fallado en 1991) se sentaron algunas pautas. El tribunal superior considero que la prevista en el art. 207 inc. 2 , ap D es una de las formas de la acción de inconstitucionalidad (por mora) y se circunscribe la acción a la hipótesis de que el Estado Provincial o los municipios omitan cumplir la obligación de dictar una norma que impone un deber concreto a dichos órganos. Se patentizan las diferencias entre tal

²¹ SAGÜES Néstor Pedro, "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro", pág. 110 en Bazán Víctor ob. cit.

acción y el mandamus, pues en la primera el sujeto pasivo es el Estado provincial o los municipios; en el mandamus es todo funcionario o ente público administrativo al que se le ha impuesto un deber concreto a cumplir; el objeto de la acción es el dictado de una norma que marca un deber concreto al Estado provincial o a los municipios; en el mandamus es el cumplimiento por parte del funcionario o ente administrativo del deber impuesto por la Constitución, o la ley o decreto u ordenanza o resolución.

En el caso, se rechazó la acción que perseguía que el poder ejecutivo reglamentara una ley atento que no había tal obligación para éste al haberse delegado la facultad reglamentaria a un ente público no estatal. (debe recordarse que solo puede ser objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión el estado provincial o los municipios)²².

5.2.2 Chubut

El artículo 19 de la Constitución de la provincia de Chubut incorpora el “*Amparo por omisión de reglamentación*” diciendo que “*Toda persona física o jurídica tiene el derecho de interponer acción de amparo por la omisión, de cualquiera de los Poderes del Estado Provincial y Corporaciones Municipales, en dictar las normas reglamentarias la presente ley dentro de los plazos previstos en la misma*”.

5.2.3 Entre Ríos

Luego de la reforma constitucional del 2008, se ha incorporado el artículo 62 que resulta un mandamus más específico con una interesante regulación. En dicho artículo se establece que “*...si esta Constitución, una ley o una ordenanza dictadas en su consecuencia, otorgasen algún derecho que dependiera para su concreción de una ulterior reglamentación y ésta no se dictara dentro del año de la sanción de la norma que la impone, el interesado podrá demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la condena de la autoridad renuente, a dictar la norma omitida. Ante el incumplimiento del obligado, el tribunal integrará la misma o, de ser esto imposible ordenará, si correspondiere la indemnización al demandante del daño resarcible que sumariamente acredite.*

Continua en el párrafo siguiente, *si la autoridad omitiere un deber constitucional indispensable para el regular funcionamiento del Estado, cualquier legitimado por la ley podrá, por la vía prevista en el apartado anterior, demandar se condene al funcionario remiso a cumplir la conducta debida o a que, en su defecto, la realice directamente el tribunal.*”.

²² BAZAN, ob. cit Temis pág. 78

5.2.4 Ciudad de Buenos Aires

Por su parte el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, también defiende la operatividad de todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen, los que no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos

Aquí se da una operatividad general constitucional sin excepciones, obligando a los Poderes del Estado a cumplir con todos los derechos allí reconocidos sin la mínima posibilidad de excepcionarse por ningún motivo.

6 ANALISIS DEL HABEAS NORMAS EN LOS DIFERENTES PROYECTOS LEGISLATIVOS

6.1 Órgano Competente

En el ámbito federal, al tener un sistema difuso completo serán los jueces de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal de la capital federal y los jueces federales del interior del país quienes tendrán competencia en este tipo de acciones – art. 4 del proyecto del Senador Nacional Samuel Cabanchik.-. Ello, por ser una controversia contra un omisión de un organismo estatal, que puede ser tanto el Poder Legislativo (en el dictado de una ley reglamentaria), el Poder Ejecutivo (en el dictado de un decreto reglamentario) o el Poder Judicial (en cuestiones de índole administrativa y no en el dictado de una sentencia o resolución determinada).

Asimismo, en el ámbito provincial la competencia la ostentan los Juzgados Contencioso Administrativos o las Cámaras Contencioso Administrativo -proyecto del senador provincial de Santa Fe Spinozzi-. Como algunas provincias no tienen en funcionamiento dichos juzgados, tendrían que acudir por vía directa al Superior Tribunal de Justicia. El propósito de ello sería confiar la decisión de un asunto tan delicado y de trascendencia jurídico-política, a la cúpula del Poder Judicial, lo que supone sería un resguardo de calidad y madurez en el pronunciamiento del caso.

6.2 Acto Lesivo

Esta acción enfrenta el supuesto derivado de la falta de sanción de normas cuyo dictado exige la Constitución, es decir, el acto lesivo es la omisión constitucional. Sin embargo, en el proyecto de HN de la legisladora Diana Mafia se hace más extensiva a todas las leyes, pues en su art. 2 contempla también la posibilidad de

iniciar esta acción cuando una persona física o jurídica²³ se encuentra imposibilitada de ejercer un derecho consagrado legalmente por omisión del dictado de la norma reglamentaria.

Por lo tanto, el acto lesivo sería la omisión legislativa en la reglamentación de un derecho. Cuando hablamos de omisión legislativa nos estamos refiriendo a la ley formal y material, sea este producto del Poder Constituyente (ley suprema o constitución) o del Poder Legislativo (ley ordinaria).

Sin embargo, existen otros proyectos como el del Senador Nacional Samuel Cabanchik, que contempla el acto lesivo tan solo para la omisión del Poder Ejecutivo de ejercer la facultad reglamentaria que le impone el inc. 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional.

Me parece más correcto el intermedio de ambos proyectos, es decir, que el HN se aplique a todo tipo de normas (leyes, decretos, resoluciones, etc..) y no sólo a leyes (Maffia) o decretos (Cabanchik), si tenemos en cuenta que estamos frente a una acción llamada "*Habeas Normas*" y no "*Habeas Leyes*", "*Habeas Decretos*".

Por lo dicho, queda claro que el HN protege a la norma en forma directa e indirectamente a los derechos allí reconocidos, que no pueden ser ejercidos por la omisión en su regulación o su ejecución. Es una verdadera novedad, pues aquí nos encontramos frente a una acción que protege a la norma y por ende a su creador, en el caso de la Constitución se protegerá al Poder Constituyente, si es una ley al Poder Legislativo, y si es un Decreto al Poder Ejecutivo.

Es por dichos motivos que el HN no vulnera la división de poderes y por ende el sistema republicano, pues no es que los jueces toman decisiones que le corresponden a otros poderes del estado, sino que el HN se da en los casos en que un poder del estado (poder judicial) actúa en protección de otros poderes del estado, sean estos un poder constituyente (asamblea constituyente) o constituido (poder legislativo y ejecutivo), sin reemplazarlos sino decidiendo el caso concreto, lo que lleva a considerar que lo allí resuelto no reviste carácter general sino específico y particular.

6.3 Tiempo de la Mora

Las normas en general tienen dos tipos de plazos para su reglamentación: a) los plazos explícitos y b) los plazos implícitos. Dentro de los primeros tenemos la certeza precisa sobre el plazo que tiene el legislador o el poder ejecutivo para reglamentar un derecho, y transcurrido dicho lapso se inicia la mora. En el segundo

²³ En el segundo del art. 2 del proyecto del Senador Nacional Samuel Cabanchik, establece que podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.

caso no se encuentra definido ningún plazo para su cumplimiento, pero existe una obligación en regularlo.

En los proyectos de Cabanchink y Maffia se establece que en los casos en que no exista un plazo la mora se producirá cuando hayan transcurrido seis (6) meses desde su entrada en vigencia.

El criterio actual es la aplicación del plazo razonable y justamente es el decisor quien deberá ponderar la urgencia en cada situación, pues debemos tener en cuenta que en algunos casos pueden estar en litigio derechos sociales donde la espera de 6 meses resulta muy extensa (ej. la inclusión de un medicamento en el PMO, etc...), y en otros casos resulte muy escasa, pues el poder reglamentador necesita más tiempo para poder realizar dicha operatividad del derecho (ej. juicio por jurados).

Este criterio en expansiva es utilizado por varias constituciones de América (art. 436 inc. 10 de la Constitución de Ecuador) y en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 8 establece entre las garantías judiciales, el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.

6.4 Legitimación

En el proyecto de Diana Maffia, en su art. 2, se le da legitimación activa a toda persona física o jurídica que encuentre obstáculos o se vea imposibilitada de ejercer un derecho consagrado.

Mientras que en el proyecto de Cabanchik se le da legitimación activa a toda persona física o jurídica que, como consecuencia de la omisión del Poder Ejecutivo de ejercer la facultad reglamentaria que le impone el inc. 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional, se sienta lesionada, restringida, alterada o impedida del goce de un derecho individual o colectivo consagrado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales o la ley. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público. Además de los sujetos legitimados en el artículo 2, en el art. 3 del proyecto mencionado- podrá efectuarse de oficio por el juez de la causa.

A mi entender, la legitimación activa se le debe conferir al afectado en su derecho, individual o colectivo. Pero no se debe autorizar el ejercicio de una acción popular abierta a cualquier persona, pues nuestro sistema judicial se basa en la demostración controversial, sea esta una persona física o jurídica, el Ministerio Público, o Defensor del Pueblo. Si el promotor no acredita algún tipo de perjuicio que le ocasiona el acto lesivo la acción deberá ser rechazada.

Por su parte, como a mi entender la acción debe ser conferida respecto de todo tipo de normas, el demandado será el órgano encargado de regularla, sea este el Poder Ejecutivo o Legislativo nacional, provincial o alguna municipalidad. Este precepto al ser tan amplio podrá ser contemplada por el poder judicial, pero siempre en su función administrativa (ej: si no dicta el reglamento interno previsto para la presentación de recursos, expedientes, etc...).

Considero que el HN al tener como finalidad el cumplimiento o la protección de las normas, sean estas producto de obligaciones estatales o de particulares, no puede obviar a estos últimos como legitimados pasivos en juicio. En la práctica judicial esto se ha llevado a cabo a través del dictado de sentencias exhortativas, en las cuales "el aviso "no se dirige a poderes públicos sino a particulares

6.5 Prueba

El actor es quien tiene la carga de probar el presupuesto material para obtener una sentencia favorable. La obligatoriedad de acompañar junto con la demanda fotocopia del boletín oficial donde se encuentra publicada la norma, como se encuentra establecido en el art. 4 del proyecto de la Legisladora Diana Maffia, parece una demasía por dos motivos: primero, porque aquí se refutaría el principio que toda norma se reputa conocida a partir de su publicación sin la necesidad de prueba alguna, y seguimos por el principio de *iura novit curia* donde el juez conoce el derecho.

A mi criterio, es el juez quien deberá decretar las pruebas pertinentes, mediante auto fundado donde establecerá cuales de las pruebas aportadas por las partes se tendrán en cuenta y cuáles no, por inconducentes, impertinentes o superfluas.

Adicionalmente el juez de oficio podrá solicitar informes al accionante o a la autoridad pública demandada y tratándose de actuaciones administrativas podrá pedir el expediente o la documentación donde consten los antecedentes del caso.

6.6 Sanciones

La omisión injustificada en el envío de las pruebas pertinente y de la regulación de norma acarreará sanciones conminatorias o astreintes. Las astreintes constituyen un medio excepcional que se brinda al juez o tribunal que dictó un determinado pronunciamiento para que el obligado cumpla con la decisión de aquél. En

efecto, no se trata de un resarcimiento que el juez determina por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la orden judicial.²⁴

A tales efectos, al ser competencia de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria en la ciudad de Buenos Aires, no se puede aplicar el artículo 29 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino el art. 30 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad.²⁵

7 COMPARACION CON OTROS INSTITUTOS

7.1 Inconstitucionalidad por Omisión

La inconstitucionalidad por omisión (en adelante “IPO”) fue plasmada en la reforma constitucional del año 1994 pero acotada en la norma constitucional al ámbito procesal del amparo. La jurisprudencia por vía interpretativa podría extenderlo al ámbito de otras acciones.²⁶

Establece el artículo 43 de la Constitución Nacional: *“ Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”*

Al respecto existe variada doctrina que considera que no existe una distinción entre el HN y la IPO, atento que en ambos casos existe un derecho incompleto o programático²⁷ y una ausencia total o parcial de regulación de ese derecho.

Pero, a mí entender, existen varias diferencias:

²⁴ Morello, Sosa y Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados, T. II-A, segunda edición, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 709.

²⁵ Art. 30 — Sanciones Conminatorias. Los/las jueces/zas y tribunales pueden imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos cuyo importe es a favor del/la titular del derecho afectado por el incumplimiento. Pueden aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se gradúan en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. Cuando el incumplimiento del mandato sea imputable a una autoridad administrativa, el tribunal puede disponer que las sanciones se hagan efectivas en la persona del funcionario responsable de máximo nivel de conducción del organismo que ha incurrido en incumplimiento. En tal caso, ejecutado que sea y sólo para el caso de comprobada imposibilidad de pago, pueden satisfacerse a través del sujeto de derecho estatal.

²⁶ BAZAN Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”. En Inconstitucionalidad por omisión, coordinada por Víctor Bazan, Temis pág. 49.

²⁷ Las normas programáticas son aquellas que no son autoaplicativas en razón de requerir reglas complementarias para entrar en funcionamiento. También han sido catalogadas como imperfectas o incompletas. Algunas veces la norma define claramente su carácter programático ya que subordina su eficacia al dictado de otra norma. En otros casos, el carácter programático deriva de la generalidad de los términos utilizados. Frente a la categoría mencionada, se encuentran las normas operativas, que son aquellas que se aplican por sí mismas, esto es sin necesidad del dictado de otras normas para entrar en funcionamiento.

1. El HN procede sobre omisiones reglamentarias constitucionales, legislativas, o de otras normas (Decretos, Resoluciones o Disposiciones). Mientras que la IPO se refiere a la falta de regulación de derechos reconocidos en la propia constitución, pues si resulta contraria a los tratados con jerarquía constitucional estaremos frente a una inconventionalidad por omisión, y si estamos frente a una ley estaremos frente a una ilegalidad por omisión.

2. En el HN no se busca tan solo que la omisión traiga aparejado una clara contradicción con la constitución, ni por vía directa ni por vía indirecta, como puede suceder con la IPO, atento que su función es la regulación o aplicación de un derecho sin entrar en el análisis de si es o no contraria a la constitución. Eso no quiere decir que no resulte necesario que la constitución regule el HN, sino que su base de análisis surge de la ponderación del juez de elementos políticos, sociales, económicos y culturales de la norma incompleta, aunque todo directamente o indirectamente debe surgir de la Constitución en un Estado Social de Derecho Constitucional, como el que estamos atravesando en este siglo. Dicho de otro modo el HN responde a las realidades y necesidades imperantes en el momento de su decisión, sin la necesaria declaración de inconstitucionalidad.

3. En la IPO existe una obligación expresa de la constitución en regular un derecho de un determinado modo y tiempo (arts. 15, 36, 75 inc. 2, ²⁸ entre muchos otros), mientras que en el HN no necesariamente debe existir algún tipo de obligación expresa, constitucional o normativa, en la realización de una determinada regulación, pues esta acción se dirige a la efectivización particular del derecho, toda vez que las normas nacen con el claro objetivo de ser cumplidas.

4. La IPO tiene cierto grado de rigidez en su decisión, pues en las sentencias el juez efectúa la inconstitucionalidad sin condicionamientos o etapas ejecutivas. Mientras que las sentencias en el HN revisten la característica de ser más flexibles, intimando a su cumplimiento bajo apercibimiento. Se desarrolla en etapas, pues en un inicio se dicta una "sentencia exhortativa" y ante su incumplimiento se desarrolla lo que llamamos "sentencia integrativa provisoria".

5. El HN es más abarcativo que la IPO, pues no busca únicamente el respeto de la supremacía constitucional, sino también el respeto de toda norma superior que no fuera regulada por una norma inferior tornando inutilizable la primera. No debemos olvidar que también deberá producirse un daño a la norma y por ende al derecho del accionante. Por lo tanto, en el HN el accionante deberá probar tres (3)

²⁸ Art. 15. *En la Nación Argentina no hay esclavos: Los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración.* Art. 36 *El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.* Art. 75 inc. 2 *Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.*

cuestiones: 1) la inutilizabilidad de una norma por falta de regulación, 2) el daño al espíritu de la norma y 3) el daño al derecho del causante.

6. El HN efectúa un control de efectividad o de cumplimiento de la norma, mientras que la IPO realiza un control de constitucionalidad.

7.2 Amparo y Acción Autónoma

Vemos como la búsqueda de la actividad estatal ante la falta de normas reglamentarias de un derecho, ha adquirido varias denominaciones: Habeas Normas, Acción autónoma o Amparo. De un primer análisis podemos decir que todas ellas son similares en cuanto a sus cuestiones materiales, pero resultan diferentes en lo que respecta a sus aspectos formales, porque no es lo mismo una acción de HN, que una acción autónoma o un amparo.

En primer término el HN debe cumplir con un procedimiento especial, que no resulta aplicable –en principio- a los otros dos casos mencionados, pues en la actuación judicial el primer despacho es el llamado “Auto de Habeas Norma”, donde se ordena tomar contacto con la norma, sea mediante los fundamentos o circunstancias que trajeron aparejada la creación normativa o en el caso de resultar de muy difícil ubicación será acompañada una copia de la norma por la parte actora.

Al igual que en el caso Habeas Corpus con el auto de Habeas Corpus, el juez ordena se traiga al supuesto damnificado a la causa o los datos del lugar donde se encuentra, mientras que en el HN al ser la perjudicada la norma, y no el sujeto, la búsqueda se centrará en la norma.

Luego, con la norma o sus elementos en la causa, el juez deberá decidir la continuación o no del proceso, en caso afirmativo declarará su competencia, previa vista al Fiscal, y verificará el cumplimiento de las restantes exigencias procesales.

De ello tenemos, que en el amparo y en la acción autónoma por omisión reglamentaria, hay que demostrar que en forma actual o inminente se lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la constitución. Mientras que en el HN tendría que recaer la carga de la prueba en la autoridad administrativa quien tendrá la obligación de fundamentar el motivo que la llevará a no cumplir con su obligación reglamentaria.

Finalmente, el juez dictará sentencia especificando el carácter programático de la norma –con excepción de las normas que surgen de la constitución que son todas operativas-, la omisión reglamentaria y la fijación del plazo para cumplir con dicha obligación legal bajo el apercibimiento que el juez considere, que pueden ser daños y perjuicios cuando resulte de cumplimiento imposible o llenando el vacío legal en el caso concreto.

7.3 Amparo por Mora

En el amparo por mora debe existir un previo reclamo administrativo, donde hay un peticionante y la autoridad administrativa productora de una demora injustificada. Dadas dichas condiciones se podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho (art. 28 de la ley 19549).

En el HN no resulta necesario el previo reclamo administrativo y la demora no nace en un expediente administrativo sino en una falta de reglamentación de una norma.

7.4 Writ of Mandamus o Acción de Cumplimiento

Su origen lo encontramos en el derecho anglosajón, particularmente en la institución del *writ of mandamus*. Citando a William Blackstone se entiende como una orden que se da en nombre del rey por parte de un tribunal del reino, que se dirige a cualquier persona, corporación o tribunal inferior dentro de la jurisdicción real, requiriéndole hacer alguna cosa en particular que corresponda a su oficina y atribuciones.²⁹

Mas modernamente, el mandamus o como se lo conoce en América Latina Acción de Cumplimiento (ej. Colombia, etc.), implica la posibilidad de obtener una orden judicial para obligar, generalmente a una autoridad, a que cumpla con su obligación establecida claramente en la ley.³⁰

En el HN no solo busca que se cumpla una obligación legal sino que se regule la norma que le de efectividad y materialidad al derecho allí plasmado, es por ello que lo diferenciador a ambos institutos son sus objetivos, mientras que la acción de cumplimiento busca que una autoridad cumpla con una obligación claramente establecida por la ley el HN busca poner en funcionamiento y al alcance de todos en algunos casos el derecho regulado, haya o no una obligación expresamente establecida para la autoridad respectiva.

7.5 Confianza Legítima

El origen de esta doctrina suele ubicarse en un precedente del Tribunal Superior Administrativo de Berlín, con fecha 14 de noviembre de 1956, en el que se aplico por primera vez el principio de confianza legítima, ante la denegación de una

²⁹ BLACKSTONE, William: "*Commentaries on the law of England*" vol. I, edition Principe de 1765, 1769. The University of Chicago Press Chicago, 1979, pag. 72.

³⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor "*Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*" México, 1974, p. 199.

pensión que se había prometido a la viuda de un funcionario alemán si se mudaba del territorio de la Alemania controlada por los rusos a Berlín occidental. Mudada la viuda, con los gastos consiguientes, se pretendió denegar el beneficio, mereciendo tal situación la aplicación de esta doctrina, para amparar la confianza legítima que se le había creado al accionante.³¹

En consecuencia, esta doctrina trata de impedir la volubilidad de los organismos estatales que quieran recortar o dejar sin efecto derechos o expectativas que los particulares tienen o venían teniendo pues protege al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades.

Ello así, vemos como mientras que el HN busca la regulación normativa de un derecho, la confianza legítima busca que el derecho le garantice un mínimo de estabilidad sobre la cual constituir un proyecto para todo ciudadano y que los cambios bruscos no le produzcan grandes perjuicios.

8 NORMAS OPERATIVAS Y PROGRAMATICAS

En primer lugar, en el ámbito constitucional la división entre normas operativas y programáticas es antigua ya que el legislador tiene que trabajar sobre todo el plexo normativo, procurando regular los derechos constitucionales que así lo requieren de manera que sea posible su ejercicio por los sujetos legitimados.

Decimos pues que el *bill* de derechos contiene una presunción de operatividad. No se necesita más que la consagración del derecho en la constitución para que el mismo funcione, salvo que el constituyente haya redactado la norma en clave de "programa" o "Futuro", y también puede darse el caso de ser de cumplimiento operativo imposible sin una norma reglamentaria. En ese caso, el derecho es programático político y no directamente operativo³², pero programático no en un sentido de la necesidad de una norma que lo regula inutilizando el derecho, sino de un programa de gobierno diseñado para futuras discusiones y coyunturas sociales.

Ello así, debemos partir de la base de que todos los derechos, principios y garantías constitucionales son operativos, con la salvedad de las normas programáticas políticas -no jurídica- o de cumplimiento imposible. De ello se desprende que no existe ningún derecho operativamente absoluto, pues existen casos en que dicha operatividad se tiñe de programatividad política pero sin perder lo latente de la operatividad jurídica.

³¹ BERNAL FANDIÑO, Mariana: "El deber de coherencia en los contratos y la regla del *venire contra factum proprium*" en Int. Law: "Rev. Colombia Derecho Int. Bogota Nro. 13, Noviembre de 2008, pag. 311. Citado por Marcelo Lopez Mesa: "Declaración unilateral de voluntad y confianza legítima", Rev. La Ley del 04 de octubre de 2010.

³² CARNOTA y MARANIELLO: "Derecho constitucional", Ed. La Ley, página 88, año 2008.

Frente a un derecho inutilizable por falta de regulación el HN será la acción adecuada, primero para verificar si esta omisión contiene una programatividad política o si es de cumplimiento imposible, intimando para su cumplimiento (sentencia exorbitante) y luego para cubrir, provisoriamente, ese vacío normativo solamente al caso concreto (sentencia aditiva)³³.

Si partimos de la base de otorgar fuerza normativa a la Constitución, -donde la ley suprema es una norma operativa en su totalidad y podrá ser aplicada y utilizada sin ningún tipo de límites operativos- decimos que las normas programáticas no existen, y todo lo que está establecido en la constitución deberá ser aplicable.

Como sostenía Bidart Campos³⁴, la supremacía se reciente y mucho, si concedemos que la programaticidad discierne a los operadores la opción de cumplir y dar efectividad a sus clausulas, o –a la inversa- de mantenerlas inertes indefinidamente o más allá de un lapso razonablemente breve, con la grave consecuencia de que tales inercias se consideren como paralizantes de las normas programáticas, y solo susceptibles de resucitar eficazmente si los operadores respectivos se deciden un buen día, a su exclusivo criterio, a dinamizar su aplicación.

De ello se puede establecer la ruptura de la división que existía entre normas programáticas y operativas, atento que la constitución es una gran norma operativa indivisible en programáticas y no programáticas.

Pero aquí no termina esta cuestión, pues la constitución escrita puede equivocadamente, incorporar a sus normas la descripción de una conducta imposible de alcanzar eficacia o de ser cumplida por seres humanos. Es el tema que Werner Goldschmidt³⁵ aborda al ocuparse de los "*límites de los repartos*".

El reparto es, conforme Goldschmidt, la distribución de autoría humana que asigna competencia e impotencia a los beneficiarios del reparto. El reparto tiene un objeto, y con relación a él cabe traducir la idea de que hay límites que son imposibles de traspasar. Cuando la imposibilidad no es tomada en cuenta y el constituyente elabora una norma descripta de un reparto imposible lo que allí se formula no puede tener, ni tiene, ni tendrá aplicación. Es decir, fracasará la eficacia; la dimensión sociológica no dará respuesta favorable a la norma porque no la podrá dar, la norma será inaplicable, en definitiva, la realidad de las conductas reaccionará en testimonio de la misma imposibilidad de funcionamiento.

Todo reparto es promovido por hombres, y consiste en adjudicar "potencia" e "impotencia". La potencia significa un beneficio para quien la recibe; la

³³ Según Sagües se denomina sentencia aditivas a que añade algo a un texto legal, para tomarlo compatible con la constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias "integradoras"), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal (SAGÜES, Néstor Pedro, "*Las sentencias constitucionales exhortativas ("apelativas" o "con aviso"), y su recepción en Argentina*", L.L. 2005 F 1461).

³⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. "*El derecho de la constitución y su fuerza normativa*", Ed. Ediar. Año 2004.

³⁵ GOLDSCHMIDT, Werner: "Introducción filosófica al derecho", 4ta. Edición, Ed. Depalma, Bs. As. 1973, pag. 71 y sigtes. Citado por Bidart Campos, ob.cit.

impotencia significa un perjuicio o una carga. Así, por ej.: el juez que en su sentencia ordena a Juan abonar su deuda a Pedro, efectúa un reparto en el que adjudica potencia a Pedro (recipiendario del pago) e impotencia a Juan (que debe efectuar ese pago a Pedro). Igualmente, el legislador que establece un impuesto adjudica a los contribuyentes la impotencia de tener que tributarlo, y al fisco la potencia de recaudarlo.³⁶

El reparto viene a constituirse así en la realidad fundamental del fenómeno jurídico. Sin aislarse de la integralidad tridimensional³⁷ (conducta, norma y valor) del mundo jurídico, podemos decir que compone su núcleo o meollo, desde que las normas son descripciones de repartos —proyecta dos o realizados— y la justicia toma al reparto como material u objeto de valoración para predicar del mismo reparto su justicia o su injusticia. Con todo, el aspecto normativo y el aspecto dialéctico se compenetran en la realidad de modo insoluble.³⁸

Por lo tanto, la división entre normas operativas y programáticas es añeja y sin sentido, transformándose en una prevalencia a la operatividad plena con la limitación de los repartos que la constitución haga a los recipiendarios. Dicho de otro modo, la teoría de la fuerza normativa exige, para alcanzar eficacia en la dimensión sociológica, que los repartos que haga la constitución cuenten con un mínimo de posibilidad de cumplimiento, funcionamiento, aplicación y eficacia, sin tener en cuenta si se necesita o no de una norma para su aplicación.

9 RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS POR LA OMISIÓN

Con respecto a la responsabilidad por la omisión incurrida por parte de los funcionarios y teniendo en cuenta que en el derecho administrativo argentino no existen normas expresas que la rijan, hay dos artículos que pueden ser de aplicación: el 1074 y el 1112 del Código Civil, el primero reza: *“Toda persona que por cualquier omisión hubiese causado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”*.

A su vez, el art. 1112 del mismo cuerpo normativo dispone que las omisiones por las que se puede imputar responsabilidad al Estado (por el hecho de los

³⁶ BIDART CAMPOS: “La teoría dialéctica del mundo jurídico según Werner Goldschmidt”, www.int-privado.com.ar.

³⁷ La teoría dialéctica que GOLDSCHMIDT ha llevado a su culminación en la 3ª edición de la *Introducción al Derecho (La teoría dialéctica del mundo jurídico y sus horizontes)*, (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967), indica que las conductas son comportamientos humanos; las normas son descripciones y captaciones lógicas de las conductas; y el valor justicia —como valor que es— se realiza a través de los hombres en el mundo jurídico, y nos permite valorar las conductas y las normas.

³⁸ BIDART CAMPOS, ob.cit.

funcionarios) son aquellas conductas antijurídicas “por ejercicio irregular de las obligaciones que les están impuestas” a los funcionarios.

Si bien ambas normas describen la responsabilidad del Estado por omisión, no contienen los mismos requisitos para su cumplimiento, pues el art. 1074 del CC necesita de la comprobación del daño y una ley que establezca la obligación violada y, el art. 1112 se centraliza en el actuar irregular y la obligación legal.

Por otro lado, Marienhoff funda la responsabilidad en los arts. 1073, 1074, 1107 y 1112 del CC; mientras que Uslenghi y Beltrán Gambier la fundan en la “Falta de servicio” es decir en el 1112. En el mismo sentido opina Cassagne³⁹.

Se ha sostenido también que la responsabilidad por omisión, es una especie dentro del género de la responsabilidad ilícita. De tal suerte, el incumplimiento de un hecho ordenado por el derecho implica una violación a la ley y por ende es una actitud antijurídica.

Muchas son las posibilidades de encuadramiento de la responsabilidad del estado por su omisión, pero en el HN el objetivo buscado es diferente, pues no se busca, en principio, la reparación de un daño, sino conminar al Estado a dar una respuesta a la falta de elementos o reglamentaciones de la norma y en caso de silencio obtener del juez, con carácter netamente transitorio, la protección de la norma silenciada, convirtiéndola en aplicable, pero tan solo al caso específico.

Finalmente, cuando estamos frente a un caso de cumplimiento imposible, y si el accionante demuestra un daño real y efectivo, podremos hablar de responsabilidad del estado por omisión.

10 LA REGULACION A TRAVES DEL LITIGIO

Esta doctrina ha nacido de la regulación de EEUU al consumo del tabaco. Las alternativas legislativas resultan inaplicables y se buscó una solución judicial; fue en ese momento cuando el Secretario de Trabajo del Presidente Clinton, Robert Reich,⁴⁰ dijo “*se acabo la regulación por legislación, ahora corresponde la regulación a través del litigio*”.⁴¹ Se limitó el consumo de tabaco a través de una larga negociación dentro de un proceso judicial en una acción de clase que incluyó por un lado a los gobiernos estatales y por el otro a las tabacaleras.

De esta manera la solución puede ser producto de una conciliación. Ya que si consideramos al proceso judicial como un dialogo entre las partes que debaten frente al juez temas de hechos y de derecho, la solución ideal del pleito complejo es la

³⁹ LÓPEZ María Lujan, “Inconstitucionalidad por omisión y su aplicación por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires” en El Dial del 6/7/07, Suplemento de Derecho Público.

⁴⁰ Robert Reich, USA today, 11 de february, 1999, Regulation is out, litigation

⁴¹ SOLA, Juan Vicente: “La regulación a través del litigio”, La ley diario del 04 de noviembre de 2011.

conciliación antes de la sentencia.⁴² Ahora bien, la ventaja de ello la encontramos en que las partes están en mayor paridad, ya que las diferencias que existan entre ellos se equilibran en un procedimiento formal y público.

Este procedimiento es la segunda mejor opción. La primera mejor opción sería una ley aprobada por el Congreso y luego la reglamentación que la aplique, sin embargo muchas veces este procedimiento ideal es improbable, los tiempos en el congreso y la administración no permiten atender todos los requerimientos. En cambio para iniciar una acción judicial basta con presentar una demanda que será siempre atendida.⁴³ La participación de las minorías está garantizada en el debate judicial; y es por eso que tanto Habermas como Michelman, consideran que la decisión judicial es democrática, ya que permite a las personas participar en el debate de las normas que le van a aplicar.

En la regulación a través del litigio es un juez, quien previa intimación al accionado a que regule un derecho, llama al dialogo y al debate entre las partes en audiencia pública, con ánimos de conciliar, crea una norma jurídica a través del precedente establecido en su decisión. Pero tiene dos formas, por un lado una persona o empresa insatisfecha con la inutilización de un derecho establecido en una norma y como segunda posibilidad cuando una agencia gubernamental demanda a un organismo público, o persona o empresas privadas por el no cumplimiento de la reglamentación de la norma.

Esta nueva doctrina de la regulación a través del litigio, encuentra justamente en el HN su mejor herramienta o garantía procesal constitucional innominada del art. 33 de la CN, pues, como ya dijimos, el fin del HN es custodiar y resguardar el derecho que se encuentra inerte en la norma.

11 A MODO DE CONCLUSION

Una nueva corriente doctrinaria está desarrollándose en este siglo, por la cual se brega por otorgar a los ciudadanos, aptos instrumentos para una mayor participación en el seguimiento y cumplimiento de sus derechos, muy especialmente los derechos humanos.

Esta novel corriente, que podemos denominar "*Participación Judicial Ciudadana*", pugna no solo por un mayor activismo judicial sino también legislativo y ejecutivo. A su vez, está acompañada de novedosas acciones judiciales, a modo de ejemplo podemos citar: las acciones populares, los amparos colectivos, los habeas corpus correctivos colectivos, las class actions, entre muchas otras.

⁴² SOLA, ob.cit.

⁴³ SOLA, ob.cit.

Y dentro de esta corriente existe una reciente garantía constitucional implícita, emanada del art. 33 de la CN, llamada Habeas Normas, que en forma incipiente se ha iniciado en nuestro país a partir de sendos proyectos legislativos, que a lo largo de este trabajo se han comentado, conceptualizado, y caracterizado.

Al respecto, fueron de sumo interés los proyectos legislativos sobre HN presentados por Diana Maffia, Samuel Cabanchik y, Ricardo Spinozzi.

Hemos visto que el HN no es una “acción o declaración de inconstitucionalidad por omisión”, ni un “amparo por mora”, o una “acción de cumplimiento” o, un “mandato de injunção”. El HN es un poco de cada una y no es ninguna de ellas, es una novicia acción cuyo objetivo principal es rescatar al derecho que se encuentra encerrado en una norma y que por su mala o inexistente instrumentalidad produce un daño.

Si bien, la alteración del derecho puede tener una afectación de uno o varios individuos, lo cierto es que el HN busca la efectividad y materialización de la norma, para que pueda ser utilizada de acuerdo a un “Estado Constitucional Social de Derechos”.

Asimismo con el HN, como ya dijimos, se está forjando no solo un activismo judicial sino también un activismo normativo, es decir, el estado deberá regular todos los derechos descriptos en la constitución para mejorarlos y no para restringir su uso atento que los principios, derechos y garantías por el solo hecho de estar descriptos en la en la Constitución Nacional gozan de lo que Bidart Campos denomina “fuerza normativa de la Constitución”, excepto los de cumplimiento imposible o los límites de los repartos según Goldschmidt.

Las fórmulas normativas que dicen: “el Estado otorgará” y “la Ley establecerá” marcan una obligación plena, inmediata –a no ser que de un plazo para hacerlo- e irrenunciable por parte del organismo exigido. Es por ello, que, en su caso, el Congreso o la Administración deberá cumplir inmediatamente, sin dejarle opciones temporales dilatorias, a lo expresado por la Constitución, la Ley o un Decreto. De modo que la mora normativa se traduce y se evidencia, después de un lapso razonable, y con mayor razón cuando se trata de normas que regulan los derechos humanos.

Si bien en los textos constitucionales todos los derechos son operativos, existen algunos que requieren de un programa de gobierno que sin él resulta de imposible cumplimiento, pero no es que el derecho no se cumple porque la norma es programática, sino que la norma es operativa con un derecho que está latente pero se activa con un elemento más o una etapa más para su práctica y en el caso que no se cumpla será el Poder Judicial a través del HN, quien analizara dicha incompletitud, siempre que su inutilidad o falta de funcionabilidad produzca un daño al accionante.

La ausencia de acción tiene la misma consecuencia que un hecho positivo, pues produce el impedimento o alteración de un derecho consagrado y, por consiguiente, resulta arbitraria en los términos del art. 28 de la CN.

Resulta oportuno agregar que la doctrina de la Supremacía Constitucional se vulnera no solamente cuando se hace lo que la constitución prohíbe hacer sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el Poder Ejecutivo o el Congreso puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan⁴⁴, con la excepción de cuestiones imposibles cuya confirmación del mismo la tendrán los jueces en cada caso concreto.

Según Villaverde Menéndez, idea a la que adherimos, el fundamento del control jurídico de los silencios del legislador no es otro que la garantía de la Supremacía Constitucional, de forma que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es sino la forma más radical de hacer valer esa supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes⁴⁵.

Quiero dejar aclarado que el HN no transforma a los jueces en legisladores positivos, sino que su función se ciñe en la intimación al congreso o al ejecutivo en su caso para que regulen el derecho y luego en caso de silencio efectiviza el derecho o si es de cumplimiento imposible establece una indemnización siempre que en la causa se compruebe el daño alegado. Todo ello es desarrollado para el caso concreto, nunca con alcance general, dando funcionalidad a dicho derecho para que luego sean los poderes políticos quienes desarrollen finalmente la norma omitida con carácter general.

Esta acción de completitud o cubrimiento, no es nueva sino que fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “*Siri*” y “*Kot*” con el amparo y “*Halabi*” con las *class actions*, entre muchos otros.

La CSJN fue muy contundente en el ya citado caso “*Halabi*”, pues estableció que frente a la mora en la regulación, el legislador debe solucionarlo cuanto antes sea posible, y es obligación de los jueces darle eficacia -en referencia a la acción de clase-. Pero para ello estableció dos requisitos: 1) cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y 2) la necesidad de acceso a la justicia de su titular.

Comprendemos la clara intención del Máximo Tribunal de Justicia en la implementación de la acción de clase, pero no podemos soslayar que ello fue llevado a cabo, justamente, como un HN, pues ante la mora constitucional se intimó al legislador a que cubra su omisión y, los jueces sin perjuicio de la mora deben dar eficacia a los derechos vulnerados, aún sin norma que las regule, siempre que se cumplan los dos

⁴⁴ Bazán, ob.cit.

⁴⁵ Orozco Solano Víctor y Cruz Patiño Silvia, “La inconstitucionalidad por omisión en Costa Rica”

requisitos mencionados precedentemente, cuya incorporación a los proyectos legislativos en análisis resultaría adecuada.

La Corte tiene dicho que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías.⁴⁶

Esta acción de cumplimiento y/o de cubrimiento, según el caso es la función que tendría que tener el HN, intimando al Poder Ejecutivo y Legislativo mediante *sentencia exhortativa* –caso “Verbitsky”-, o llenando el vacío existente ante el incumplimiento en su reglamentación con el dictado de una *sentencia integradora* - casos de la Corte Nacional “Siri” y, “Kot SRL”-, y *aditiva* –caso “Campodónico de Beviacqua Ana”- o *simultáneamente ambas exhortativas e integradora* –caso “Halabi”-.

Muchas de ellas las encontramos reguladas en la doctrina Italiana, en Argentina en el ámbito provincial -arts. 207 inc. 2 de la Constitución de Rio Negro, art. 652 de la Constitución de Entre Rios-, y en muchos países de América Latina -art. 436 inc. 3 de la Constitución de Ecuador y art. 81 de la Constitución de Colombia-.

Finalmente, el HN no altera la separación de poderes, ni se invaden facultades ajenas, pues como señala Orozco Solano y Patiño Cruz “*no se trata de los jueces ordenando al poder legislativo o ejecutivo que cumpla con su deber sino de los jueces haciendo cumplir la Supremacía Constitucional*”⁴⁷.

⁴⁶ Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492.

⁴⁷ Orozco Solano y Patiño Cruz, ob. Cit.

LA VALIDEZ PRIMA FACIE Y EL PRINCIPIO DE DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

PRIMA FACIE VALIDITY AND THE PRINCIPLE OF LEGAL STANDARDS DEFEASIBILITY

Jose Víctor GARCIA YZAGUIRRE¹
Universidad de Lima

RESÚMEN: El presente artículo pretende explorar las implicancias teóricas del concepto *prima facie* y cómo este se relaciona con el principio de derrotabilidad, el cual es aplicable para justificar el incumplimiento de un deber jurídico a causa del acatamiento de otro en un contexto en el que ambos son incompatibles entre sí. Partiremos desde su sustento conceptual analizando cuál es el rol e importancia del contexto en el razonamiento jurídico hasta arribar a pautas concretas de cómo opera en la práctica judicial ofreciendo algunos ejemplos hipotéticos y jurisprudenciales.

PALABRAS CLAVE: Interpretación jurídica, deberes jurídicos, *prima facie*, validez definitiva, principio de derrotabilidad.

ABSTRACT: This article explores the theoretical implications of *prima facie* concept and how it relates to the principle of defeasibility, which is applicable to justify the breach of legal duty because of compliance with another in a context in which the two are incompatible each other. Depart from its conceptual underpinnings which are analyzing the role and importance of context in legal reasoning to arrive at practical guidelines for how it operates in judicial practice offering some hypothetical examples and real resolved cases.

KEYWORDS: Legal interpretation, legal duties, *prima facie*, all-things-considered validity, principle of defeasibility.

¿Son las normas jurídicas suficientes por si mismas para dar una solución categórica de un caso por parte de una institución con poderes jurisdiccionales? Nos adherimos a las posturas que niegan tal posibilidad para todas las normas del Ordenamiento Jurídico.

En el ámbito de la filosofía moral, es celebre la configuración del concepto *prima facie* por el autor escocés W. D. Ross en su obra "The Right and the Good" publicada en 1930, la cual concibe a todos los deberes morales como sujetos a condiciones de excepción implícitas o explícitas que la desaparecen para favorecer el cumplimiento de otro deber moral. Este suceso solo se manifiesta a la luz de un caso concreto en la que entran en conflicto deberes, en el cual uno es vencido dado la importancia del otro. Entonces "lo que parecía, en principio que era nuestro deber, lo era solo en una 'primera apariencia', pues un examen más minucioso de la situación

¹ Abogado por la Universidad de Lima. Coautor de la obra "Diccionario de Derecho Constitucional" junto a Víctor García Toma, publicada por la editorial Gaceta Jurídica en noviembre del 2009. Correo electrónico: garciazaguirre@gmail.com.

nos revela que las cosas no son realmente así². Para ilustrar dicho concepto, veamos el siguiente ejemplo propuesto por Klaus Gunther³:

El sujeto X ha prometido a su amigo Smith que asistirá a su fiesta. Al poco tiempo de empeñar su palabra, recibe la noticia que su amigo Jones se encuentra gravemente enfermo y con gran necesidad de ayuda.

Quien propone el conflicto realiza el siguiente razonamiento:

-Norma 1: Se debe ayudar a un amigo que se encuentra en estado de necesidad.

-Norma 2: Se debe mantener las promesas.

Ambas normas poseen en primera instancia y por sí mismas una exigencia de cumplimiento y de respeto por todos aquellos que estén bajo sus fines. En un caso concreto se encuentran en una posición de aparente mutua irreconciliación. Al respecto, debemos precisar que este no es un criterio de validez sino de adecuación general, es decir, determinar como bajo dichas condiciones ambas pueden ser compatibles entre sí⁴. En este sentido, quien sustenta la Norma 1 debe descartar cualquier intento argumentativo por declarar la invalidez de la Norma 2, se le exige el construir la solución en base a una ponderación de intereses. La conclusión resultante entonces sería la siguiente asumiendo la ventaja de la Norma 2 sobre la 1:

-Norma 3: Para ayudar a alguien que de repente se encuentra en un caso de extrema necesidad, no debe mantenerse una promesa insignificante.

En efecto, partiendo de la distinción entre disposición (texto lingüístico) y norma (la interpretación que se hace de esta), la interpretación adscrita resulta válida *prima facie* para cada Norma mientras se les considere aisladamente.

Cada interpretación no tiene por que perder su vinculatoriedad para quien goza o se obliga a partir de una posición derivada de dicha Norma, salvo que una interpretación sistemática de los hechos y con otras normas posibles de adscribir a la disposición se elabore una razón de mayor peso a una interpretación contraria, en cuyo caso esta ha de primar para el caso concreto.

El carácter *prima facie* ha sabido encontrar relevancia dentro de las obligaciones jurídicas. Como bien lo ha definido Lopera Mesa, "la adscripción *prima facie* consiste en una operación interpretativa mediante la cual se establece si la posición afectada por la ley enjuiciada comprendida dentro del significado normativo de una disposición de derecho fundamental"⁵. En este mismo sentido, Bernal Pulido explica que "consiste en un análisis interpretativo de las disposiciones iusfundamentales, mediante el cual se persigue establecer, si la norma o posición que

² MARTINEZ ZORRILLA, David. Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Madrid: Marcial Pons. 2007. Pp. 216.

³ GUNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. En: Doxa. Alicante: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Alicante. Nº 17-18. 1995. Pp. 284 y ss.

⁴ Como afirma el citado autor, "el proponente de una norma aplicable *prima facie* no defiende pues la validez sino la adecuación de la aplicación de una norma sobre la que se apoya un juicio particular". Loc. Cit. Pp. 287

⁵ LOPERA MESA, Gloria. Principio de Proporcionalidad y Ley Penal. Madrid: CCEP. 2006. Pp. 268.

resulta afectada por la intervención legislativa, puede considerarse como una parte del derecho fundamental que la respectiva disposición tipifica”⁶.

A fin de dar mayores luces al respecto, Klaus Gunther define el concepto con gran precisión al afirmar que “la reserva *prima facie* significa meramente que para una justificación de un juicio particular no basta con invocar que es aplicable una norma válida. Quien aduce una razón tal debe poder mostrar en caso de duda que es compatible con todas las demás normas aplicables *prima facie* en dicha situación. Con esta reserva *prima facie* se impone a los participantes en el discurso una carga de argumentación recíproca, en virtud de la cual se obligan a fundamentar la restricción o suspensión de una razón válida que era aplicable en una descripción completa de la situación”⁷.

Martínez Zorrilla realiza un interesante y didáctica distinción entre los dos sentidos de obligación y deber *prima facie* que nos parece de gran ayuda citar para dar un mejor entendimiento a la arista en comentario⁸:

1. Se le atribuye en la filosofía moral a la posición que ocupa el razonamiento moral sobre cual es la opción ‘correcta’ en una situación concreta. Este es el sentido original ideado por Ross, quien con gran acierto desconfió de la concepción kantiana de la moral fundada en imperativos categóricos (mandatos autónomos capaces de regir toda actividad humana), la cual no daba cabida a los conflictos morales. En vista de los ejemplos citados, la realidad demuestra que en determinadas condiciones un deber moral se ve vencido por otro. Según este autor, “nos hallamos ante un deber u obligación *prima facie* (*prima facie duty*) cuando una acción presenta una característica

⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Madrid: CCEP. 2003. Pp. 630. En este mismo sentido, dicho autor se expresa señalando que “Las normas y posiciones iusfundamentales tienen en un primer momento una validez *prima facie*. Cuando el contenido del derecho se integra en este primer momento por las normas o posiciones válidas *prima facie*, se define un ámbito de protección inicial bastante amplio. El contenido de este ámbito de protección inicial está conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución. Como tal, este vasto contenido ya constituye de por sí una entidad jurídica; es la substancia normativa adscrita *prima facie* a las disposiciones iusfundamentales. Esta adscripción *prima facie* se lleva a cabo con criterios muy laxos. Basta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*. Como es lógico, este amplio contenido *prima facie* del derecho fundamental no puede garantizarse de modo definitivo en toda su extensión. Esto ocurre, bien porque las normas o posiciones protegidas *prima facie* en el ámbito inicial, a veces se contradicen y entran en conflicto con normas protegidas por otras disposiciones constitucionales, o porque —como en el caso de algunos derechos sociales—, no se cuenta con las circunstancias empíricas indispensables para satisfacer todas las exigencias derivadas de este extenso contenido normativo, o en fin, por las necesidades de garantizar al Legislador una órbita de acción política propia e independiente. Por esta razón, es legítimo que los poderes públicos, sobre todo el Legislador, tengan competencia para intervenir e incluso para restringir el ámbito de protección inicial de los derechos fundamentales. Cuando el derecho fundamental ha sido restringido, pasa a un segundo momento en donde adquiere una nueva posición jurídica. Una vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva, o en otros términos, ciñe sus contornos, ya no a un ámbito de protección inicial, sino a un contenido efectivamente garantizado. Este contenido está formado por el conjunto de normas y posiciones que definitivamente resultan vinculantes desde el punto de vista jurídico. En síntesis, desde el punto de vista de la teoría externa, el contenido de los derechos fundamentales tiene dos momentos: un primer momento en que es un contenido amplio, cuyas normas valen *prima facie* (el ámbito de protección inicial), y un segundo momento en el que es un contenido reducido, cuyas normas valen definitivamente (el contenido efectivamente garantizado)”. Loc. Cit. Pp. 462-463.

⁷ GUNTHER, Klaus. Ob. Cit. Pp.284.

⁸ MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Op. Cit. Pp. 216-218

(...) que en condiciones normales haría que fuese nuestro deber, pero que por presentar también otra/s característica/s moralmente relevante/s (...) consideradas de mayor importancia y que constituyen el fundamento de otro deber incompatible, deja de serlo (o resulta solo aparente), al ser desplazado por esta última, que es nuestro definitivo o auténtico deber”⁹, esto último denominado por la doctrina como “obligación *all-things-considered* (ATC)”. En pocas palabras, un deber para ser obedecido no depende ni del contenido sustantivo que comanda ni del tipo de estructura condicional sobre el que se erige, sino por su lugar dentro de un caso concreto que requiere de decisión.

2. En el ámbito de la filosofía jurídica, se relaciona el carácter *prima facie* con el principio de derrotabilidad, el cual desarrollamos de forma separada.

Para los propósitos de nuestro trabajo, debemos centrar nuestra atención en las normas condicionales, es decir, aquellas que se sustentan por un antecedente (supuesto de hecho) para aplicarle a este un consecuente (consecuencia jurídica). Al respecto, siguiendo el ejemplo propuesto por Moreso¹⁰, veamos el siguiente caso:

Norma Penal 1: Si x mata a otro, entonces x debe ser castigado con la pena P.

Norma Civil 1: Si x compra una cosa, entonces x debe pagar el precio de dicha cosa.

La pregunta que se nos propone resolver es ¿significa esto que la Norma Penal 1 establece en su antecedente las condiciones suficientes en las cuales surge el deber de castigar a x con la pena P? ¿Sucede lo mismo con la Norma Civil 1 respecto a si siempre quien compra contrae el deber de pagar su precio? La respuesta a ambas es, obviamente, no. Para la primera, en casos de legítima defensa la antijuridicidad desaparece y respecto al segundo supuesto, si el contrato es realizado bajo coacción, es nulo.

Lo citado nos deriva a la primera idea principal de este principio: las formulaciones normativas son derrotables dado que las condiciones plasmadas en los antecedentes de las normas condicionales no son suficientes, solo son contribuyentes. Esto significa que se agotan en la elaboración de una condición suficiente. Las normas creadas a partir de disposiciones podrán generar posiciones jurídicas válidas y amparables por el Derecho, una vez que el proceso interpretativo se nutra de toda la información que requiera. En efecto, las normas tomadas individualmente, son premisas incompletas dotadas de valor *prima facie* que han de ponderarse con sus

⁹ Loc. Cit. Pp. 217.

¹⁰ MORESO, Juan Jose. Condicionalidad, Derrotabilidad y Conflicto entre normas. En: Interpretación y Razonamiento Jurídico. Lima: Herminia Editores S.A.C. Volumen I. 2008. Pp. 92-93.

adversos para adquirir el carácter ATC y prevalecer en el caso concreto¹¹. Cuando sea la judicatura quien realice dicha operación nos brinde un resultado con dicha propiedad, constituye una concreción o adscripción vinculante de derecho fundamental.

Es menester precisar que la adscripción *prima facie* de una norma a una disposición, sea esta realizada por una parte del proceso para dar sustento a su posición o por el Tribunal para dar contenido sustantivo a una disposición interpretándola o mediante el estudio de las circunstancias del caso, la normativa internacional, los precedentes u otras fuentes del Derecho, no es un acto caprichoso o custodiado por interpretaciones ligeras, todo lo contrario. Volviendo a citar a Bernal Pulido, debemos tomar en consideración los límites que propone para dichas asignaciones:

Limites semánticos: solo son admisibles aquellas adscripciones que guarden atención a la semántica de las disposiciones. Salvo en casos de exagerada mutación interpretativa, las connotaciones interpretativas deben guardar una conexión directa, necesaria y dependiente con la denotación de los términos empleados por el supuesto de hecho analizado. Si el nexa es falaz, inexistente o improbable, dicha adscripción es incorrecta, por tanto, de inminente descarte por el intérprete constitucional. Al respecto, Nino remarca la distinción entre la denotación y la designación, estableciendo que la primera contiene al universo de hechos y objetos que define el término interpretado, mientras que el segundo evoca a todas aquellas características necesarias que debe poseer una idea para poder incorporarse a la categoría denotada¹².

Como ejemplo de una norma con validez ATC respetuosa de este primer criterio fue la adscripción que hizo el TC a la 'inviolabilidad de domicilio' al expandirlo a todas las "actividades realizadas por una persona en la habitación un hotel"¹³.

Limites impuestos: No pueden adscribirse normas que evoquen aquello que la propia disposición excluye para si misma. No puede interpretarse como una razón correcta y sustentadora de una posición un sentido que coincide con lo que la propia disposición se ha propuesto erradicar, restringir o excluir de forma explicita. La Constitución establece que acciones son consideradas por el constituyente como 'prohibidas' o políticamente indesarrollables. Sin embargo, es menester precisar que

¹¹ Conforme a Carlos Bernal Pulido, "el principio iusfundamental *prima facie* debe tener un peso suficiente para desplazar al principio material que sustenta a la norma legislativa y a los principios formales que estatuyen que las normas prescritas por el legislador deben ser obedecidas por los destinatarios del Derecho y que gozan de una presunción de constitucionalidad. Si el principio iusfundamental no es derrotado por los principios materiales y formales que sustentan la ley, la norma iusfundamental adscrita que de él se deriva, transforma su validez *prima facie* en una validez definitiva y la norma legal que la contradice debe ser declarada inconstitucional". BERNAL PULIDO. Op. Cit. Pp. 645.

¹² NINO, Santiago. Introducción al análisis del Derecho. Barcelona: Ariel. 1983. Pp. 251.

¹³ STC Nº 06712-2005-HC. Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana. En este mismo sentido se ha indicado que "la institución del domicilio en términos constitucionales debe ser entendida de manera amplia; por ejemplo, la habitación de un hotel constituye domicilio, la oficina particular donde una persona ejerce su profesión debe ser entendida como domicilio". STC Nº 04085-2008-HC. Caso Marco Antonio Mendieta Chauca. F.j. 3.

esta frontera guarda una ventajosa flexibilidad en caso en los que la propia norma sea derrotada, la adscripción genere una mayor protección a los derechos fundamentales o un caso difícil.

Creemos que no todas las cláusulas restrictivas generan un mismo efecto sobre lo que debe de entender el interprete. El artículo 2.12 de nuestra Constitución, el cual reproduce con gran fidelidad el 21.1 de la Constitución española, positiviza el derecho a “reunirse pacíficamente sin armas”. Los límites impuestos de “pacífico” y “sin armas”, nos parece, toman direcciones en extremo distintas. ¿La asamblea de una asociación de propietarios de armas de fuego autorizadas administrativamente en la cual todos sus miembros asisten armados quebranta la restricción? Son evidentes, pues, las dificultades interpretativas involucradas con ese segundo límite, por lo que creemos aquí mantener la vocación principio pro homine y el principio de fuerza expansiva¹⁴.

En cuanto al primero, guía al operador del Derecho a acudir a la adscripción que asigne el mayor contenido posible a una disposición de derecho fundamental, de tal forma que “se interprete de manera más limitada una norma que establezca restricciones permanentes o suspensiones extraordinarias”¹⁵. En este mismo sentido, nuestro Supremo Interprete ha referido que es “un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio pro homine implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria (sic). Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”¹⁶.

¹⁴ Recomendamos revisar el texto de CARPIO, Edgar. La Interpretación de los Derechos Fundamentales. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. Tomo I. 2005. Pp. 321- 384.

¹⁵ GARCIA TOMA, Víctor. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Lima: Jurista Editores. 2008. Pp. 45.

¹⁶ STC N° 02005-2009-AA. Caso ONG Lucha contra la Corrupción. F.J. 33.

Por otra parte, el principio de fuerza expansiva involucra la titularidad, eficacia vertical y horizontal, límites, respeto por el contenido esencial, el aspecto objetivo y subjetivo y la interpretación progresiva de sus contenidos¹⁷.

En vista a las reflexiones hechas, los límites impuestos por el constituyente o legislador no deben ser leídos como frenos inquebrantables a posibilidades jurídicas, sino como invitaciones a realizar ponderaciones en casos concretos para dar fuerza normativa a la parte dogmática de la Constitución. De ser entendidas como límites consagrados sería considerar la Norma Fundamental como un texto terminado del cual pueden obtenerse respuestas finales para toda controversia y/o ambigüedad jurídica, lo cual es una visión como hemos tratado de sustentar, errada. **La adscripción prima facie que supere dichas limitaciones, gozará en apariencia de todas las garantías que ofrece el Ordenamiento para proteger la eficacia de la disposición que la sustenta.** Toda medida que contradiga dicha norma tendrá el carácter de intervención. Sin embargo, conforme ha sido mencionado, no será hasta que todos los hechos relevantes del caso sean vistos y se argumente conforme a la Constitución que el conflicto entre contrarios derivara que sea una (ya sea una interpretación propuesta, una elaborada a partir de ellas o una propia del órgano jurisdiccional) norma la que adquiera carácter ATC o definitivo. En pocas palabras, de la unión de contrarios en un proceso surge una síntesis que será vinculante para las partes en conflicto y que servirá, conforme veremos luego, como antecedente normativo para una regla jurisdiccional.

Para dar sustento a esta última afirmación, nos recuerda Lopera Mesa que “mientras la adscripción prima facie solo requiere establecer un vínculo semántico entre la posición afectada por la intervención legislativa y el contenido de una disposición de derecho fundamental, sin atender a los argumentos que juegan en contra de dicha adscripción (de ahí su carácter prima facie), la adscripción definitiva solo se produce una vez consideradas todas las circunstancias relevantes en el caso en el que dicha norma debe ser aplicada y una vez resueltas todas las colisiones que se plantean con otras normas del sistema jurídico”¹⁸.

La citada autora emplea el conocido Caso Alcoholemia¹⁹, en el cual un ciudadano consideró que el artículo 380 del código penal español que ordenaba el empleo de pruebas de alcoholemia a conductores cada vez que la autoridad policial lo considerase pertinente era una violación al derecho a “no declarar contra sí mismo”,

¹⁷ Normativamente consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el cual prevé que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

¹⁸ LOPERA MESA, Gloria. Ob. Cit. Pp. 272.

¹⁹ STCE Nº 161/1997.

cuya disposición se consagra en el artículo 24.2 de la Constitución ibérica. Ante tal oposición de adscripción de normas, se realiza una descripción bastante útil sobre cuáles son los pasos que el intérprete toma para asignar una norma a una disposición desde el punto de vista del demandante, veámoslo²⁰:

- a) El supuesto de hecho F tiene la consecuencia jurídica C
- b) El caso f presenta al menos una de las propiedades descritas en el supuesto de hecho F.
- c) El caso f tiene la consecuencia jurídica C.

En este sentido:

Si una acción constituye una declaración en contra de sí mismo por parte de un individuo, entonces está *prima facie* permitido a dicho individuo negarse a realizarla.

- d) Una práctica probatoria que pueda conducir a verificar que el individuo sometido a ella ha cometido un delito no constituye un supuesto de declaración en contra de sí mismo.
- e) Si una acción constituye una práctica probatoria que pueda conducir a verificar que el individuo sometido a ella ha cometido un delito, entonces está permitido *prima facie* a dicho individuo negarse a realizarla.
- f) La práctica de una prueba orientada a detectar si el individuo sometido a ella conduce bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, constituye una modalidad de declaración autoinculpatória.
- g) Esta permitido *prima facie* a los individuos negarse a la práctica de pruebas orientadas a detectar si conducen bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

Como vemos, el punto b) es el que representa todo el desarrollo interpretativo del operador, quien aplica los métodos tradicionales a las disposiciones para obtener la norma conveniente para sustentar su posición (en este caso, la resistencia del ciudadano a someterse a una prueba de alcoholemia sin tener que soportar la consecuencia jurídica que para ello se ha estipulado). Sin embargo, la propia naturaleza del antecedente de la disposición, como vemos en este caso, puede ejercer cierta influencia en cuanto a si se debe optar por una norma abierta o de sentido restrictivo en cuanto a los alcances que deba poseer.

El ejemplo anterior hace oportuna la reiteración a la no incorporación del criterio de validez dentro de la adscripción *prima facie* de una norma a una disposición. Al respecto, Borowski señala con gran acierto que existen dos posturas al respecto, señala que “puede diferenciarse entre una variante desligada del concepto de validez y

²⁰ LOPERA MESA, Gloria. Ob Cit. Pp. 274, pie de página 26.

otra que no lo esta. Según la variante que no se desliga de la validez, se acepta la inclusión de este elemento en el concepto de la norma. De este modo, sólo aquella norma valida es conceptualmente una norma. Parece pertinente señalar que una ampliación semejante del concepto de norma no es necesaria ni deseable. Por ejemplo, aseveraciones como “la norma N ya no tiene validez” o “la norma N todavía no tiene validez serian imposibles, es preferible adoptar la variante que desliga la validez del concepto semántico de norma. **Así, la validez no es entonces una propiedad necesaria de las normas, sino únicamente una propiedad posible**”²¹.

Es menester apuntar en este momento, como bien lo hace Medina Guerrero²², la vinculación entre una adscripción y la figura del “abuso de derecho”. Este se refiere al ejercicio antisocial, desproporcionado, irracional y/o injustificado de una norma para alegar una posición jurídica contraria al Derecho, o como fue expresado por Atienza y Ruiz Manero, son “ilícitos atípicos”²³. En este sentido, advertimos que este fenómeno no se circunscribe a un caso de rechazo por no superar un límite semántico o impuesto, sino que su ejercicio se vio favorecido de una validez *prima facie*, que se descarta a la luz de los hechos, es decir, un nivel de validez definitiva, porque escapa a los límites immanentes de un derecho fundamental. En efecto, bajo este supuesto no se puede hablar del ejercicio de un derecho, sino de una posición jurídica injustificable.

Por otra parte, la adscripción bajo el esquema presentado para ofrecer normas opuestas bien podría generarse por una lectura distinta a la compatibilidad de entre las propiedades que evoca la semántica de la disposición, en virtud a entender que los hechos no son coincidentes con el antecedente sino con la clausula de excepción o por enfrentarse a una norma derivada de otra disposición que requiere una lectura respetuosa del principio de concordancia practica constitucional o que necesite la formulación de una regla de precedencia condicionada creada por una ponderación (ambas opciones se condicionan por la opción interpretativa que se escoja para resolver el caso, como veremos más adelante).

²¹ BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. Pp. 28. Resaltado es propio.

²² MEDINA GUERRERO, Manuel. La Vinculación Negativa del legislador a los Derechos Fundamentales. Madrid: McGraw Hill. 1996. Pp. 79-81.

²³ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos Atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley la desviación de poder. Madrid: Trotta. 2000. Pp. 125. Señala dicho autor que el abuso de derecho se configura al existir una regla que le permite a un sujeto realizar determinadas acciones bajo un determinado supuesto de hecho. Dicho sujeto le ha causado daño a otro en la realización de dichas acciones. En este escenario, el daño es injustificado si el sujeto no persiguió otro fin que el causarlo, actuó sin un propósito serio o el daño tiene la especial característica de ser excesivo. De ser catalogado como injustificado, la acción escapa a los principios que sustentan la regla, por lo que surge una nueva clausula de excepción implícita diseñada por la forma en la que causo el daño.

La Derrotabilidad de las Normas Jurídicas

La premisa fundamental de la derrotabilidad consiste en asumir que todos los principios constitucionales (e infraconstitucionales) son estructuralmente derrotables en tanto están siempre sujetos a condiciones y excepciones implícitas, al margen del alto grado de determinación de su antecedente, por lo que la respuesta a la pregunta inicial de este apartado a si la norma por si misma es suficiente para dar respuestas categóricas es negativa, no basta la norma ni mucho menos la interpretación *prima facie* que demos de ella. En este sentido, la derrotabilidad de las disposiciones es entendida como la imposibilidad de comprender todas las condiciones necesarias a las que se debe incurrir para formular una excepción, es decir, existe un abanico de posibilidades no determinadas que suponen casos en los que el enunciado jurídico se satisface, pero aun así no se le aplican las consecuencias jurídicas. En virtud a ella, hasta las conductas socialmente mas reprochables pueden encontrar en el campo de los hechos una justificación legal que atenué su condena o incluso la libere de ella. Este punto sostiene que dicha exoneración no requiere una tipificación expresa, sino que puede ser construida por medio de la interpretación.

Sobre este punto, Thomas Bustamante es sumamente claro al iniciar su exposición sobre esta temática. Refiere que "la existencia de normas derrotables solo podría ser negada en caso de que se admitiese un sistema jurídico cuyas normas fueran, sin excepciones, capaces de regular todas las situaciones de su aplicación. Todas las excepciones a las normas jurídicas estarían contenidas en las propias normas. El sistema jurídico sería así un sistema axiomático completo y cerrado"²⁴.

Una compleja, pero a la vez sumamente ilustrativa definición nos la da Alfonso Garcia Figueroa al señalar que "la manifestación de la derrotabilidad de una norma puede definirse como la exclusión de su consecuencia jurídica como resultado de la ocurrencia en el momento T2 de una excepción no contemplada en el antecedente total de norma en T1 (...) la derrotabilidad reside en el carácter disposicionalmente moral de numerosas normas jurídicas y singularmente de los principios iusfundamentales. Se asume, pues, que la derrotabilidad jurídica es una

²⁴ BUSTAMANTE, Thomas. Principios, reglas y derrotabilidad, el problema de las decisiones contra legem. En: BONORINO RAMÍREZ, Pablo, (editor). Teoría del Derecho y Decisión Judicial. Visto en: <http://www.bubok.es/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>. Pp. 206. Asimismo, dicho autor anota que "Admitir la derrotabilidad de las normas jurídicas significa, por lo tanto, reconocer dos circunstancias importantes: (i) inicialmente, es invariable suponer la existencia de una "norma perfecta", capaz de proporcionar una descripción completa de todas las circunstancias en las que debería ser aplicada. Tal hipótesis es francamente poco realista, de modo que, al lado de un *discurso de justificación* en que se elevan pretensiones de validez para las normas generales, es conveniente tener un *discurso de aplicación* del derecho al caso concreto que justifique la revisión y reinterpretación de dichas normas; (ii) en segundo lugar, ninguna norma jurídica regula por si misma su aplicación. De acuerdo con Alexy, el sistema jurídico tiene tres niveles, divididos en un costado pasivo y otro activo. El costado pasivo está formado por los niveles de los principios (1) y de las reglas (2), que son las dos clases de normas utilizadas en el discurso jurídico. El costado activo, a su turno, está formado por el nivel de la teoría de la argumentación jurídica (3), que "dice cómo, sobre las bases de ambos niveles (1 y 2), es posible una decisión racionalmente fundamentada" (Alexy 1988:148-149)". Loc. Cit.

derrotabilidad sobre bases morales y que la derrotabilidad moral presenta a su vez como base una teoría moral constructivista atenta al pluralismo como elemento constitutivo del discurso moral”²⁵. En este sentido, es importante señalar que derrotabilidad no es una propiedad categórica o intrínseca del Derecho, esta es de tipo **disposicional**. En efecto, solo se hará presente luego de cumplidas ciertas condiciones que activan su acción: “la concurrencia en T2 de otra norma en colisión que excluya los efectos o la aplicación del principio sin que ello fuera previsible en T1”²⁶.

Este problema fue planteado formalmente por primera vez por el gran positivista H.L.A. Hart, quien en su conocido artículo “The Ascription of Responsibility and Rights” señaló que “la consideración del **carácter derrotable de los conceptos jurídicos...** pone de manifiesto cuán **equivocado sería sucumbir a la tentación, ofrecida por las modernas teorías del significado, de identificar el significado de un concepto jurídico, digamos “contrato”, con la formulación de las condiciones en las cuales se sostiene que los contratos existen**”²⁷.

En efecto, se ha escrito al respecto que “según Hart el concepto de contrato del derecho inglés es derrotable por ciertos hechos. Lo explica del siguiente modo: en ese orden jurídico hay ciertas condiciones necesarias para la existencia de un contrato, tales como la concurrencia de dos partes, una oferta de la primera y aceptación de la segunda, etc. Además hay excepciones o condiciones negativas para la existencia de un contrato. Las excepciones tienen la propiedad de que no puede hacerse una lista completa de ellas. Las excepciones a los conceptos jurídicos como el de contrato, afirma Hart, conforman así *listas abiertas*. La consecuencia importante que extrae de ello es que **no es posible formular condiciones suficientes para pertenecer a la categoría o concepto en cuestión**. Afirma que **es absurdo usar en conexión con los conceptos jurídicos el lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes**. Un intento de dar ese conjunto de condiciones, sostiene, distorsionaría los conceptos”²⁸.

El desarrollo teórico de este concepto se ha nutrido gracias a las aspiraciones científicas por desarrollar una inteligencia artificial, base a construcción de una lógica no monótoma, como descarte a la lógica deóntica por su insuficiencia. Dado que es usual estar más familiarizado con este segundo concepto, demos una vista rápida ha como la operamos²⁹:

²⁵ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. En: Diritto & Questioni Pubbliche. Palermo: Università degli Studi di Palermo. Nº 3. 2003. Pp. 197.

²⁶ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Ob. Cit. Pp. 215.

²⁷ Citado por INES PAZOS, María. Derrotabilidad sin indeterminación. En: Doxa Nº 25. Alicante: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Alicante. 2002. Pp. 441. La negrita es agregada.

²⁸ Loc. Cit. Pp. 442. Negrita es de origen.

²⁹ Una exposición más elaborada puede ser encontrada en MARTINEZ ZORRILLA, David. Ob. Cit. Pp. 219.

1. El antecedente constituye una razón suficiente para obtener el consecuente (satisfecho el supuesto de hecho, ocurre la consecuencia jurídica).
2. Aplicación de la Ley del Refuerzo del Antecedente: dada la verdad de un condicional, también lo será todo condicionante cuyo antecedente forme un conjunto no contradictorio entre ese mismo antecedente y otros elementos. Por ejemplo: El agua calentada a una temperatura superior a los 100 grados centígrados, entra en un estado de ebullición. Esto es tan cierto como decir que El agua calentada a una temperatura superior a los 100 grados centígrados y Universitario de Deportes gana el Torneo Apertura, entra en un estado de ebullición. En breve, cumplida una propiedad necesaria del antecedente, todos los elementos que se le agreguen serán irrelevantes para la consecuencia, siempre que no contradigan dicha propiedad.
3. Aplicación de la regla de inferencia *Modus Ponens*. Dada la condicional y la afirmación de su antecedente, se deduce de forma lógica la consecuencia. En base al ejemplo propuesto, la sola existencia de la afirmación “el agua se calienta a una temperatura superior a los 100 grados centígrados”, podemos deducir que entra en ebullición. A su vez, es entendible de forma inversa, si el agua entra en ebullición, es deducible que ha sido calentada a más de 100 grados centígrados.

Esta lógica es a la que usualmente están acostumbrados aquellos que operan con proposiciones normativas³⁰, pero dicho modelo ha empezado a fracasar dada la evidente existencia de condicionales derrotables. Veamos como fracasa la aplicación de la ley del refuerzo y la regla *modus ponens* en un simple ejemplo:

- a) *Todas las aves vuelan.*
- b) *Si x es un ave, entonces x vuela.*
- c) *X esta muerto.*
- d) *Si x es un ave y x está muerto, entonces x vuela.*

La muerte no contradice el punto a), por lo que incorporarla no debería perjudicar la obtención de la consecuencia. Sin embargo, es manifiesta que dicha lógica deviene en insuficiente, asimismo, la aplicación de la regla *modus ponens* es desestimable, pues la verdad del antecedente no genera la correcta deducción de lo consecuente (si x esta muerto, no es verdadero que pueda volar).

³⁰ Termino propuesto por Juan Carlos Bayon para expresar el “significado de una expresión deóntica usada para enunciar que cierta acción o cierta clase de acciones es obligatoria, o esta prohibida o permitida de acuerdo a una norma o conjunto de normas dados”. Citado por RODRIGUEZ, Jorge. La Derrotabilidad de las Normas Jurídicas. En: Revista Isonomía. N° 16. Abril. 1997. Pp. 149.

La forma de desarrollar argumentos descrita es propia de un razonamiento monótono porque "siempre que alguien mate a otro sin que concurra una excepción jurídica, deberá ser condenado. Se cumple la ley de refuerzo del antecedente, porque por mas que añadamos nuevas condiciones en el antecedente, sigue valiendo el consecuente"³¹.

Como bien nos resume Inés Pazos, "la derrotabilidad es una forma compleja de vaguedad y, en general, se sostiene que es una forma de indeterminación semántica. La idea básica es que la derrotabilidad de un concepto o de una norma depende de una indeterminación del significado del concepto o norma derrotable. Éstos no tendrían condiciones suficientes para su aplicación (dado que las excepciones - hechos derrotantes- no pueden precisarse en una regla semántica), en particular, las excepciones no estarían determinadas en el significado"³².

Las razones de porque es el razonamiento jurídico es derrotable, nos explica Bayon³³ en un celebre artículo, son bastante divergentes al punto que ni siquiera existe un pleno acuerdo respecto a si son todas las normas derrotables o solo algunas. Nosotros nos adscribimos a la primera postura, pero antes de dar el sustento necesario, veamos las tres grandes posturas que han dado origen a este concepto de acuerdo al citado autor:

Es debido a la **derrotabilidad procesal**. La pragmática de los procesos hace que el demandante para que vea satisfecha su pretensión deba probar que el hecho es coincidente con las propiedades o por lo menos una de ellas del antecedente de la regla o principio que sustenta jurídicamente su posición. El demandado por su parte deberá probar que su caso es coincidente con un supuesto de excepción, por lo que no le debe ser aplicable las consecuencias jurídicas. Bajo este esquema, el demandante al probar que la condición ha sido satisfecha crea una aparente realidad en la que no existe aplicación de la excepción, esta apariencia es lo que debe destruir el demandado. El autor hace uso de los términos procesales *probanda* para asignar los hechos probados por el demandante y *non-refutada* para las suposiciones que no han sido desvirtuadas por prueba en contrario. El fracaso del demandante estará si el demandado consigue refutar un *non-refutada* mediante pruebas que demuestren que dicha apariencia es en realidad falsa.

Este escenario trae consigo una primera y débil evidencia de que el razonamiento jurídico es derrotable, si no lo fuese "no habría forma de explicar cómo es que una decisión puede estar realmente justificada a partir de un conjunto de premisas P1 cuyo contenido (en lo que concierne al juicio de hecho) es que todos los *probanda*

³¹ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Ob. Cit. Pp. 204.

³² INES PAZOS, María. Ob. Cit. Pp. 452.

³³ BAYON, Juan Carlos. ¿Por qué es derrotable es razonamiento jurídico? En: Doxa Nº 24. Alicante: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Alicante. 2001. Pp. 35-62.

han sido probados y, sin embargo, no estarlo a partir de un conjunto ampliado de P2 que añade a P1 la premisa adicional de que algún *non-refutandum* ha quedado refutado³⁴.

Por otra parte, se debe al **conocimiento incompleto**. Los razonamientos jurídicos se elaboran a partir de información imperfecta vista desde dos grandes frentes: es imposible determinar, como hemos visto al ver la distinción entre reglas y principios, una relación completa de excepciones a las reglas y porque pueden existir hechos relevantes para el caso ignorados o no considerados como es debido³⁵. En este sentido, todas nuestras creencias terminan siendo derrotables dado a que están sujetas a un universo finito de datos, cuando estas pertenecen a uno infinito. Será en un momento posterior que se confirmara la justificación de la pretensión, su rechazo o la necesidad de reemplazo.

Este criterio muestra una evidencia bastante seria, pues todo razonamiento realizado con información incompleta es derrotable. Ello en cuanto "dados dos conjuntos de premisas P1 y P2, tales que P2 conserva toda la información de P1 y añade a ella alguna más, tiene perfecto sentido decir que una creencia C esta justificada sobre la base de P1 pero deja de estarlo a la luz de P2, mientras que sería un dislate afirmar que antes del incremento información que media entre P1 y P2 era verdadera pero después de él es falsa"³⁶. Si bien este argumento guarda bastante coherencia, el confundir la derrotabilidad con la falibilidad no es un acierto. Los razonamientos no monotonicos se apoyan en suposiciones por defecto para inferir conclusiones que se creen justificadas en condiciones de gran incertidumbre, de las cuales procede retractarse tan pronto se dispone de evidencia que descarta dichas suposiciones. Esta justificación no despoja ninguna premisa, por lo que crear una regla de inferencias a partir de incorporación de nuevos datos, no es algo sostenible.

El argumento que nos convence y asumimos como válido, es aquel que **identifica la derrotabilidad de las normas a su carácter "abierto" por estar sujetas a excepciones implícitas no identificables de forma previa a un caso en concreto**. En primer lugar, hemos de mantener presente que las normas son susceptibles (y efectivamente lo hacen) de colisionar entre si, situación en la cual se crea una meta-norma de preferencia fundada en un relación de precedencia entre supuestos de hecho sin que ello signifique un cambio en la norma. En razón a ello y por la indeterminación del lenguaje, se considera que es imposible establecer una relación de supuestos de excepción tanto individuales como genéricos.

³⁴ Loc. Cit. Pp. 40.

³⁵ "Si no somos conscientes de la trascendencia jurídica que cierta circunstancia pueda tener como determinante una excepción, la cuestión de su presencia o ausencia en la situación que estas considerando nos pasa sencillamente desapercibida". Loc. Cit. Pp. 44.

³⁶ *Ibid.*

Se sostiene que es “una consecuencia de la interacción entre principios y reglas, (...) es posible hallar excepciones implícitas por razones de principio a lo que, de no ser así, habría que considerar una regla claramente aplicable. Y ello podría suceder por dos razones. En primer lugar, y habida cuenta de lo que Schauer ha denominado el carácter infra y supraincluyente de las reglas (...), es posible que la aplicación de una regla a ciertos casos en los que de hecho resulta aplicable vaya en realidad en contra de su propósito o justificación subyacente. En una situación semejante se podría decir que un caso comprendido en el antecedente de la regla no merece, desde el punto de vista de aquel mismo balance anticipado de razones en el que la regla se basa y al que trata de reemplazar, la solución normativa que ella establece. A pesar de lo cual, la justificación que por ello mismo existiría para apartarse de la regla tendría que ser contrapesada con las razones para aplicarla en sus propios términos (que no son otras que las razones mismas para tener reglas), con lo que en definitiva para decidir el caso no habría más remedio que recurrir a la ponderación. Y en segundo lugar, en un caso en el que sea aplicable una regla puede concurrir una razón fundada en un principio que no fue tomado en cuenta en ese balance anticipado que la regla refleja. Con lo que para decidir el caso habría que recurrir de nuevo a la ponderación, esta vez entre lo que cabría llamar el principio que está tras la regla (i.e., el resultado de aquel balance anticipado) y el principio que quedó fuera de ella. Ahora ya podemos juntar las piezas que integran el argumento según el cual toda norma jurídica sería derrotable: ***dado que no es posible precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros y que cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio (lo que nos reconduciría de un modo u otro a un balance entre principios), toda norma jurídica, ya sea un principio o una regla, tendrá excepciones implícitas que no es posible identificar genéricamente por anticipado***³⁷.

Por otra parte, el sustento que nos propone Thomas Bustamante para explicar el porqué de la derrotabilidad del derecho es bastante interesante. Parte de la concepción del Derecho como un sistema dinámico como lo entendió Kelsen, en cuanto las normas no se deducen lógicamente unas de otras, sino que de la relación entre una norma general (superior) y otra individual (inferior) la segunda se produce con conformidad con la primera. En este sentido apunta que “el acto de aplicación de la norma general es un acto de creación de la norma individual, por cuanto esta tiene un contenido normativo adicional con relación a la norma que la fundamenta. Y dicho acto de creación normativa es necesario porque toda norma posee cierto grado de indeterminación. Sin embargo, la norma general (superior) dirige el proceso de creación de la norma individual (inferior) y anticipa sus sentidos posibles. La relación entre la

³⁷ Loc. Cit. Pp. 53-54. Negrita y cursiva son nuestras.

norma general (establecida por el legislador) y la norma individual (establecida en una sentencia judicial) es una relación de fundamentación (ya que la sentencia se fundamenta en la ley), pero ello no elimina la caracterización de la interpretación como un proceso creativo o constructivo: el juez crea una norma individual al aplicar la norma legal que le sirve de fundamento. De este modo, si la ley prevé para el homicidio una pena mínima de seis años de prisión, la decisión judicial que establece la pena de seis, siete u ocho años de prisión para Pedro por el hecho de haber matado a Juan contiene una norma individual que todavía no estaba contenida en la norma que le sirvió de fundamento³⁸. Entendiendo que la aplicación de la norma general es producto de una norma individual, es decir, se ejecuta a través de un acto de creación normativa necesario a razón de la indeterminación del lenguaje (entendiendo que la general condiciona a la individual al articular sus posibles orientaciones), es interpretable que la aplicación del Derecho es producto de la argumentación, por tanto, este es un sistema necesariamente abierto e incompleto. Aquí surge la concepción de la derrotabilidad.

Para este autor, quien sigue la tesis de Alexy de forma precisa, reconoce que los principios establecen un estado ideal de cosas mientras que las reglas una relación de conducta. Las primeras deben ser materializadas en el mayor grado posible, por lo que “del hecho de que estas permitan que se justifique el incumplimiento de aquellas es que se deduce la derrotabilidad de las reglas jurídicas”³⁹.

Sobre este punto, Bustamante expone su punto más polémico: considera que solo son derrotables las reglas y no los principios, en tanto, lo derrotable es la consecuencia jurídica. Como los principios carecen de tal característica (esta se contruye a partir de las condiciones fácticas y jurídicas), no pueden ser sometidos a excepciones implícitas para la ejecución de ello, es necesario convertir los principios en reglas para manifestar una aplicación concreta. En efecto, sostiene que “los principios tienen que ser convertidos en reglas para que sus consecuencias en un caso concreto sean conocidas. Únicamente después de la ponderación de principios es que se llega a una regla en que se permite subsumir el caso concreto para de- terminar la conducta exigida por el Derecho”⁴⁰.

El Derecho se crea vía interpretación, ello hace que las decisiones por parte del operador jurídico siempre partan, cuando apliquen reglan en su razonamiento, elementos que han sido creados con solo un conjunto de información ya determinado

³⁸ BUSTAMANTE, Thomas. Ob. Cit. Pp. 208.

³⁹ Ibid. Pp. 225.

⁴⁰ Ibid. Pp. 226. Al respecto, este autor indica que previamente se expreso en un sentido contrario. Afirma que “los principios serían normas cuya derrotabilidad es immanente porque ellos pueden ser soslayados y restringidos siempre que entran en colisiones con otros principios. Como los principios tiene por vocación entrar en colisión con otros principios, podría decirse que ellos son normas cuya derrotabilidad es immanente. La principal razón por la cual estoy apartando de esta explicación del fenómeno de la derrotabilidad normativa es que pienso que en mi primer estudio no he tenido en consideración el hecho de que los principios son normas cuya institucionalización es parcial y que por consiguiente no puede ser derrotadas porque ellas no establecen ningún supuesto de hecho. Si se define la derrotabilidad como la capacidad para inserir excepciones en una norma jurídica, se debe necesariamente presumir que dicha norma tenga la estructura de una regla jurídica”. Loc. Cit.

aplicable para un universo de situaciones indeterminadas e inciertas. En virtud a ello, para este autor la derrotabilidad es una característica derivada de la existencia de principios en el Ordenamiento Jurídico. En efecto, señala que "no se puede hablar de derrotabilidad sin referirse a los principios, pues ellos sirven como razones o como fundamento para la adscripción de una norma excepcional que irá derrotará a la regla general establecida por la legislación positiva. Los principios son los materiales que serán empleados en la justificación de la derrotabilidad. Hay dos características altamente relevantes para la derrotabilidad. En primer lugar, los principios, a diferencia de las reglas, constituyen una institucionalización *imperfecta* de la moral, ya que sólo establecen un propósito o un valor que debe ser perseguido, aunque en la mayor medida posible. En segundo lugar, los principios, en vista de su carácter axiológico, constituyen el fundamento de las reglas jurídicas"⁴¹.

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, los principios constituyen una fuente justificadora de las reglas, así como la pauta para establecer su significado, propósito y ámbito de aplicación, es decir, son su fundamento. Así como un principio informa el porqué de una regla, también puede informar el porqué no de ella en un caso concreto. En efecto, en aquellos supuestos donde las razones que motivan un determinado mandato no son aplicables a las características del caso concreto y al contrario, existen otras que orientan su no aplicación, se entiende que el principio que sustenta la no aplicación de las consecuencias jurídicas, sirve para derrotar la regla.

Como bien ellos afirman, "el Derecho no está compuesto sólo por reglas, sino también por los valores y propósitos (esto es, por los principios, en sentido amplio) explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven. Y esas mismas razones apoyan entender, asimismo, que las reglas pueden resultar derrotadas pro consideraciones derivadas de los principios. La mas importante de esas razones es la siguiente: si partiésemos de una imagen del Derecho como compuesto exclusivamente por reglas no tendríamos de mecanismo alguno para evitar que el conjunto de las decisiones fundadas en Derecho (aun las fundadas en las mejores reglas concebibles, servidas por los mejores aplicadores que quepa imaginar) presentase un cierto número de graves anomalías valorativas. Y ello porque ningún legislador, por no ser omnisciente, puede prever todas las combinaciones de propiedades que puedan presentar los casos futuros, lo que implica que, por cuidándose que sea en el diseño de los casos genéricos, no pueda nunca evitar por completo los fenómenos, subrayados por Schauer, de la suprainclusión y de la infrainclusión. Esto es, de incluir en el ámbito de aplicación de las reglas, casos que no debieran estar incluidos a la luz de los propios

⁴¹ *Ibid.* Pp. 263.

valores y propósitos subyacentes a la regla de que se trate y de no incluir en ese mismo ámbito de aplicación casos que si deberían estar incluidos a esa misma luz⁴².

¿COMO SE MANIFESTA LA DERROTABILIDAD?

Entendamos que existen dos elementos hasta el momento plenamente identificables en todo caso que involucre un conflicto de deberes jurídicos:

Concepto derrotable en sentido estricto: Un concepto X es derrotable respecto de otro, el concepto Y, si y solo si Y determina una clase de elementos que son normalmente de X, pero es posible que existan elementos de Y que no le sean propios a X.

Elemento derrotante: Dado que existe un elemento de Y que no le pertenece a X, de ocurrir un hecho que manifieste dicha propiedad, se dice que el concepto X ha sido derrotado por ese hecho.

La norma de tal forma funcionaria como un pronostico, en el cual se pretende asegurar un resultado ante una eventualidad, pero la practica de la misma dependerá de una serie de factores identificados en el caso individual. Veamos dos ejemplos bastante claros para concretizar el problema en discusión para luego dar vista a los elementos necesarios para derrotar una norma jurídica:

Ejemplo 1: Autorizada doctrina nos propone como primera muestra⁴³ el artículo 582 del Código Civil español en su primer inciso: *No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad (...)*

Esta disposición contiene una regla bastante clara: pueden construir aquellos que estén a una distancia de 2 metros o más, los que no la tengan, no pueden construir. ¿Qué sucedería si se pretende abrir una ventana a 1 metro y 98 centímetros de distancia para dar luz a personas enfermas y sin que tal acto represente un perjuicio significativo para el propietario del predio adyacente?

Quien propone el ejemplo, a su vez nos recuerda el artículo 47 de la Constitución española que consagra el “derecho de disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. En vista del caso presentado y la diferencia entre reglas y principios, así como el principio de irradiación constitucional, dicho principio actúa como una excepción de la regla contenida en el código civil, reformulándola de la siguiente forma: “no se

⁴² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Para una teoría postpositivista del Derecho. Lima: Palestra. 2009. Pp. 234.

⁴³ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. En: CARBONELL, Miguel y GARCIA JARAMILLO, Leonardo (Coord.) El Canon Neoconstitucional. Bogota: Universidad Externado de Colombia. 2010. Pp. 251 y ss.

puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, salvo cuando ello vulnere el derecho a disfrutar de una vivienda digna”.

Ejemplo 2: Nuestro Código Civil en el artículo 378 establece los requisitos indispensables para poder adoptar. En su segundo inciso señala que *“que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar”*.

En caso de que un caballero de 27 años casado con una viuda que ya es madre de una criatura de que 10 años y que cumple con el resto de requisitos para adoptar desee adoptar dicho menor, no lo podrá hacerlo dado que la norma le exige tener por lo menos 28 años. Si el niño vive desde hace 6 años con el mencionado señor, a quien reconoce y quiere como si fuese su padre biológico, ¿la aplicación del requisito (regla) es suficiente para dar una respuesta justificada? Volveremos sobre este supuesto más adelante.

Ambos casos nos llevan a la primera pregunta que debe hacerse todo operador del Derecho ante la solución de un caso por subsunción: ¿en verdad esta justificada la decisión?

Debemos partir, como ya ha sido mencionado, que una norma deviene derrotable (léase superable o revisable) cuando el universo de excepciones a la aplicación de sus consecuencias no puede ser determinada *ex ante*, es decir, en abstracto. En efecto, es bastante real que existe una imprevisibilidad en cuanto a los participantes y en el conjunto de propiedades relevantes de los casos particulares en la configuración del discurso, por lo que las contingencias concretas son algo imprevisible en las que su respuesta y solución se elabora a partir de sus propias premisas. Al respecto, se afirma que “la derrotabilidad responde a una exigencia de la razón práctica, porque nuestros juicios prácticos deben ser revisables para poder enfrentarnos satisfactoriamente a las particularidades de casos que no podemos prever. Sería irracional que canceláramos la posibilidad de deliberar y revisar nuestras normas ante la emergencia de casos imprevisibles”⁴⁴.

Partiendo de este último sustento para la derrotabilidad, es preciso que hagamos la siguiente distinción (citada con otra terminología por Bayon líneas arriba) a fin de entender el fenómeno en comentario⁴⁵:

1. Justificaciones subyacentes: Las disposiciones prescriptivas representan una ponderación decisional respecto a como promover un determinado estado

⁴⁴ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Ob. Cit. Pp. 262.

⁴⁵ Para la vinculación entre derrotabilidad e indeterminación, es recomendable revisar el texto de RODENAS, Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. En: Doxa Nº 24. Alicante: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Alicante. 2001. Pp.63-83.

de cosas, desalentar otros, proteger valores y condenar otros. El operador del Derecho debe identificar la ratio teleológica de la misma en función al fenómeno social que desea constituir, así como los valores éticos a los cuales se debe.

2. Prescripciones normativas: Son las ordenes de hacer, se puede hacer o no hacer que dicta el Ordenamiento. Estas poseen una autonomía semántica respecto a las justificaciones subyacentes, de forma tal que la norma adscrita puede guardar independencia de esta, al punto de toparnos con situaciones de desajuste entre ambas. Al respecto, Rodenas las llama “experiencias recalcitrantes”⁴⁶. Estas se refieren a los casos en las que la norma aspire estados de cosas que escapan a la justificación subyacente de la regla, ya se por un grado supraincluyente (la prescripción incorpora supuestos en los que no sería aplicable la justificación) o por ser infraincluyente (al no comprender propiedades que puedan contribuir en casos individuales a la obtención de la justificación, es decir, cuando no se incorporan supuestos en los que esta si sería aplicable).

Para ilustrar dicha dicotomía, emplearemos el ejemplo propuesto por la citada doctrina⁴⁷:

En la puerta de la biblioteca se ha colocado una señal que indica la prohibición de los reproductores de música en la biblioteca universitaria.

Dicha regla tiene la justificación subyacente de evitar que el ruido moleste a los usuarios. En cuanto a la prescripción normativa, solo nos dice que están prohibidos los reproductores de música. En base a ello, veamos un dos casos concretos: ¿le es aplicable dicha prohibición al trabajador de limpieza de la biblioteca que escucha la radio mientras trabaja momentos antes de la apertura al público? (experiencia recalcitrante de tipo supraincluyente), ¿los celulares estarían prohibidos? (de tipo infraincluyente, pues el ruido de un móvil es capaz de molestar a los demás).

En cuanto al caso del adoptante visto líneas arriba y dejado pendiente, la prescripción normativa es en extremo desproporcionada con los principios que sustentan la postura de aspirante a padre con reconocimiento legal, dado la grave afectación que le resulta en contraposición a los beneficios que le genera. Ahondaremos sobre esta arista al ver el concepto de ponderación.

⁴⁶ RODENAS, Ángeles. Ob. Cit. Pp. 73.

⁴⁷ Loc. Cit. Pp. 72

Veamos un caso judicial ya resuelto. En el caso Noara⁴⁸ se discutió el supuesto en el que una niña requería con gran urgencia un trasplante de hígado, dadas las características de la operación (podía ser llevada a cabo con éxito con solo una parte del órgano de una persona viva), existía la fortuna de contar con un donante perfecto: su madre. La alegría se opaco por la ley, esta señora era una menor de edad, por lo que está imposibilitada de efectuar cualquier tipo de actos de dicha naturaleza.

Dicho supuesto presenta un reto para el positivismo clásico y para aquellos que confían en la infalibilidad de las normas, la ley guarda la apariencia de inderrotabilidad, pues es una restricción explícita que cubre plenamente el caso. A ello, no debemos perder de vista que la respuesta que ofrece la subsunción carece de justificación ética y revela la imprevisibilidad de los hechos que se pueden suscitar en casos individuales. Este es un caso en el que la justificación subyacente no se encuentra satisfecha, por lo que es menester identificar si existe o no un supuesto de excepción implícito (el cual creemos que lo hay en base al derecho a la vida).

Como bien nos apunta la doctrina que venimos siguiendo, “¿de donde surge la nueva excepción a la regla que prohíbe a los menores donar órganos? Todo parece indicar que no surge del ordenamiento jurídico tal y como un positivista suele configurarlo. Este caso confirmaría (como otros en cierto sentido semejantes) que las (presuntas) reglas jurídicas presentarían excepciones no previsibles ex ante y que tendrían su origen en una argumentación basada en criterios de justicia. En tal caso, el Derecho ya no podría ser concebido como un mero conjunto de reglas positivas, sino más bien como un conjunto de reglas, principios y en general argumentos que sólo adquieren inteligibilidad mediante su adscripción a la más amplia esfera de la razón práctica general. No podemos argumentar jurídicamente sin argumentar moralmente en ningún caso y ello deviene manifiesto y especialmente dramático en casos como el de Noara”⁴⁹.

Lo ilustrado no debe considerarse viendo a la derrotabilidad como un efecto propio de la impresión legislativa, nos parece que es una característica que proviene de la naturaleza de los enunciados normativos y su manifestación lingüística. La anticipación es un lujo y a la vez un costo que se goza e incurre en base a la información y necesidades del momento, pero la dinámica social siempre será sumamente eficiente en volver obsoleta o incompleta toda anticipación. Popper era en una recurrida cita, ilustra la dinámica de la imprevisibilidad: “En cierta ocasión, en la Edad de Piedra, usted y yo estamos discutiendo sobre el futuro y yo predigo que dentro de los próximos diez años alguien inventará la rueda. “¿Rueda?”, pregunta usted.

⁴⁸ Citado por GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Ob. Cit. Pp. 265: Auto 785/07 del 18 de octubre de 2007 del juzgado de Primera Instancia de Sevilla.

⁴⁹ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo y derrotabilidad. En: http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1248355441_alfonso_garcia.pdf. Pp. 3.

“¿Qué es eso?” Entonces yo le describo la rueda, encontrando palabras, sin duda con dificultad, puesto que es la primerísima vez que se dice lo que serán un aro, los radios, un cubo y quizá un eje. Entonces hago una pausa, pasmado: “Nadie inventará la rueda, porque acabo de inventarla yo”. En otras palabras, la invención de la rueda no puede ser predicha. Una parte necesaria para predecir esa invención es decir lo que es una rueda”⁵⁰.

Esta distinción junto al ejemplo indicado, muestran supuestos que están fuera del alcance de una regla y que constituyen excepciones implícitas. En base a ello, podemos hacer manifiestas las principales características de este tipo de concepción de las normas: a) Si las principales razones que sustentan una regla no son aplicables para el caso, podemos sospechar que estamos frente a una excepción implícita a su consecuencia, y que b) cada regla representa una ponderación entre fines a proteger o desproteger. Si un caso es subsumible al antecedente, pero posee en si mismo razones que no fueron tomadas en cuenta para elaborar el tenor de la prescripción, es necesario verificar la aplicabilidad de dicha norma mediante una nueva ponderación (esto es verificable en el caso de un desastre natural local, un trabajador enciende su radio dentro de la biblioteca para estar atentos a las noticias, las razones de dicho acto priman sobre las de la prohibición).

⁵⁰ Ob. Cit. Pp. 7.

NEOCONSTITUCIONALISMO: SUPERAÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

NEOCONSTITUCIONALISM AS A WAY TO OVERCOMING THE CLASSIC CONSTITUTIONALISM IN IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Wilton Boigues Corbalan **TEBAR**¹

Sérgio Tibiriçá do **AMARAL**²

RESUMO: O trabalho, inicialmente, procura traçar linhas acerca da atuação do Constitucionalismo Clássico como teoria de legitimação constitucional na concretização de direitos fundamentais abordando seus critérios de legitimação. Em um segundo momento, procura-se demonstrar a superação do Constitucionalismo Clássico, através da evolução de uma nova teoria de legitimação constitucional, mais apta à concretização efetiva dos direitos fundamentais, correspondente ao Neoconstitucionalismo. Nesta nova teoria de legitimação constitucional são levados em conta como requisitos de legitimação teórica o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e do Progresso Moral de Humanidade no que tange aos direitos fundamentais e sociais no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Clássico. Neoconstitucionalismo. Concretização de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The present essay, at the first moment, intends to demonstrate the performance of the Classic Constitutionalism as a theory of constitutional legitimacy in the implementation of fundamental rights addressing yours requirements of legitimacy. In a second moment, intends to demonstrate the overcoming of the Classic Constitutionalism, through the emergence of a new theory of a constitutional legitimacy, better able to achieving effective of the fundamental rights, call by Neoconstitutionalism. In this new theory of constitutional legitimacy are taken into account as requirements of theoretical justification the Principle of the Social Regression Prohibition and the Moral Progress of the Humanity applied to the fundamental rights in Brazil.

Key-words: Classic Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Implementation of Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Há, ainda, juristas brasileiros e estrangeiros presos às antigas concepções de atuação e aplicação constitucional, isto é, prendem-se a conceitos e teorias de

¹ Advogado. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente. Foi 1º (primeiro) colocado no concurso de estagiários da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Presidente Prudente no ano de 2009. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: "**BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS: ALUSÃO ÀS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DE DIREITO INTERNO**" no Encontro Toledo de Iniciação Científica de Presidente Prudente no ano de 2011.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Associação Educacional Toledo, Professor titular da cadeira de Teoria Geral do Estado da FDDPP e da disciplina de Direito Internacional Público, especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela Faculdade de Direito de Bauru-ITE. Professor do Programa de Doutorado da ITE. E-mail: sergio@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

legitimação constitucional que não mais respondem aos anseios sociais de concretização de direitos fundamentais. O atual grau de complexidade das relações sociais e suas necessidades acabam por impor a quebra de paradigmas sedimentados no meio jurídico e buscar soluções.

O ordenamento jurídico tem o papel de manter o equilíbrio aceitável das relações sociais, no sentido de estabelecer normas de conduta, com mais razão, o seu fundamento de validade, qual seja, a Constituição Federal, deve fornecer novos critérios e conceitos para que este objetivo seja alcançado, mormente se tratando da concretização de direitos fundamentais.

A teoria de legitimação constitucional atual dominante no Brasil é o Constitucionalismo Clássico. Ainda que afirmem o contrário, percebe-se nitidamente esta escolha teórica, quando analisamos o conflito normativo no que tange à legislação infraconstitucional e os seus meios de solução. Isso porque, não devemos nos ater somente ao texto constitucional e firmar a teoria constitucional que o legitima, mas também analisar os reflexos deste entendimento ao nível infraconstitucional, sob pena de ineficácia do sistema constitucional.

Aceitar a teoria do Constitucionalismo Clássico como fonte de legitimação constitucional é dizer que ainda estamos presos ao chamado Positivismo Clássico ou Estado Liberal, pois estes são conseqüências lógicas daquele. Assim o é, vez que, em âmbito infraconstitucional, é patente que para muitos juristas, ainda exista a afirmação de que a Lei Complementar é hierarquicamente superior à Lei Ordinária.

Para sustentar tal superioridade hierárquica, os doutrinadores utilizam dois critérios: a) um critério formal, correspondente ao quórum de aprovação das duas espécies normativas no processo legislativo pátrio e; b) um critério material, correspondente à matéria reservada a cada espécie normativa no texto constitucional.

No terceiro capítulo demonstrou-se as peculiaridades de cada critério que definem a hierarquia normativa, sustentando que os dois são insuficientes no atual estágio das relações sociais. Demonstrou-se que o critério formal é a principal fonte de legitimação teórica desta distinção hierárquica. Sendo assim, o método de ingresso da norma primária no ordenamento infraconstitucional é a principal forma de solução conflitos normativos.

Note-se, portanto, que a teoria de legitimação constitucional do Constitucionalismo Clássico busca critérios para a solução de conflitos normativos voltados ao “status” ou natureza do diploma normativo, sem preocupar-se com a análise dos direitos fundamentais veiculados pelos referidos diplomas. Neste contexto, portanto, no Constitucionalismo Clássico, os direitos veiculados nos diplomas normativos em choque não seriam analisados de imediato, devendo, primeiro, ser analisado o método de ingresso do diploma normativo no ordenamento jurídico.

Posto isto, podemos afirmar que, quando estivermos diante de um conflito normativo, os princípios de solução de conflito aparente de normas devem nortear a análise do hermeneuta, surgindo como um dos principais, o Princípio de que a Lei hierarquicamente superior (Lei Complementar) revoga a lei hierarquicamente inferior (Lei Ordinária). O cerne deste princípio, portanto, está pautado no critério formal de hierarquia entre as espécies normativas, restando prejudicado o critério material.

Não restam dúvidas que aplicando-se critérios formais para a solução de conflitos normativos de diplomas que veiculam direitos fundamentais, estamos diante do chamado positivismo clássico ou estado liberal, isto é, o Estado pressupõe uma igualdade aparente entre os cidadãos na qual todos seriam iguais independentemente da real diferença ou desigualdade entre eles. Sendo assim, o Estado não precisaria se preocupar em buscar a igualdade material dos cidadãos, pois os direitos fundamentais veiculados nos diplomas normativos seriam sempre de alcance de todos e quanto menos houvesse interferência do Estado nestes direitos, mais eles seriam protegidos.

Visando a busca da igualdade material a ser tutelada pelo Estado, o que se propõe, através do presente trabalho, é romper com este paradigma firmado pela doutrina que estabeleceu o critério formal como definidor da hierarquia normativa, provando teoricamente, que o critério material é aquele que, frente ao caso concreto, vai nos dar a melhor solução na busca da concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Neste contexto, o segundo capítulo prestou-se a delinear o conceito das duas teorias legitimização constitucional, definindo quais critérios seriam utilizados na solução do conflito entre espécies normativas. Desta forma, foram então conceituados o modelo do constitucionalismo clássico e o modelo do neoconstitucionalismo com a finalidade de fornecer subsídios mínimos para que, no decorrer do trabalho, fique demonstrada a supremacia deste em relação aquele na solução de conflitos normativos, seja entre leis ordinárias ou entre leis ordinárias e leis complementares, visando à concretização de direitos fundamentais e sociais.

Ainda no segundo capítulo, discorreremos sobre a decisão da Suprema Corte Alemã, que utilizando-se da teoria do Neoconstitucionalismo foi responsável pela criação eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como da afirmação da existência de uma dimensão objetiva-subjetiva dos direitos fundamentais, representando assim um marco histórico na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

No quarto capítulo do trabalho, buscou-se demonstrar que o critério material é aquele capaz de determinar precisamente qual norma deve prevalecer em relação à outra. Restando ao uso do critério formal apenas residualmente, quando o critério material for insuficiente para determinar a solução diante do caso. Precisamente neste

momento, demonstraremos que o que deve ser observado no conflito entre diplomas normativos é a proteção ao direito fundamental por ele veiculado, deixando para um segundo momento a análise e solução do conflito em razão da natureza formal dos referidos diplomas em conflito.

A construção da legitimidade teórica do critério material apresentou nos estudos dois pilares fundamentais: a) análise do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e; b) análise do Princípio do Progresso Moral da Humanidade, quanto aos direitos fundamentais.

No quinto capítulo foram expostas situações hipotéticas para análise, demonstrando teoricamente as diferenças na adoção da teoria de legitimação constitucional pautada no Constitucionalismo Clássico ou no Neoconstitucionalismo para a solução de conflitos normativos.

Já no sexto capítulo foi analisado um exemplo empírico da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, demonstrando a contribuição teórica da Suprema Corte Alemã para o ordenamento jurídico pátrio.

Foram utilizados no presente trabalho os métodos histórico, comparativo e hipotético dialético. O método histórico foi utilizado na abordagem da teoria de Norberto Bobbio concernente ao Progresso Moral da Humanidade. Posteriormente, usou-se o método comparativo no que tange ao confronto do constitucionalismo clássico e o neoconstitucionalismo. Finalmente foi utilizado o método hipotético dialético na tentativa de integração da Teoria do Neoconstitucionalismo com a doutrina do Progresso Moral da Humanidade desenvolvida por Norberto Bobbio e a doutrina do Princípio da Proibição do Retrocesso Social desenvolvida por Mário de Conto.

2 DISTINÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Para fornecer elementos suficientes para as teorias de legitimação constitucional do presente trabalho, cumpre, nesta primeira aproximação, delimitar a exata compreensão da teoria do Constitucionalismo Clássico e do Neoconstitucionalismo.

Esta delimitação é necessária para discutir a concepção jurídica da Constituição Federal e seus efeitos no que tange ao ordenamento infraconstitucional. Isso é determinante na solução do conflito entre espécies normativas. Será demonstrado que existem soluções dispares na adoção de um dos mencionados institutos, mormente quando estamos diante de conflitos normativos que tratam de direitos fundamentais sociais, culminando no cumprimento ou não destes direitos.

O Constitucionalismo clássico, em termos gerais, é pautado na atuação negativa do Estado, no que tange aos direitos fundamentais, ou seja, o Estado tem o dever constitucional de não interferir ou violar os direitos fundamentais dos cidadãos.

O Constitucionalismo Clássico, portanto, surgiu, notadamente, com a revolução francesa e americana. Com essas revoluções ocorreu o **surgimento das primeiras constituições escritas**.

Importante destacar o surgimento do constitucionalismo para entendermos então neoconstitucionalismo. O primeiro nasce do Estado de Direito nasce das concepções liberais, de liberdade política e de limitação do poder.

Para Canotilho, o Estado liberal clássico surge como “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”(2003, p.339). Essas idéias são fortalecidas no art. 16 da Declaração de 1789: *“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*.

Portanto, trata-se de um Estado modelo liberal clássico, que é mínimo e constitucional, racionalmente constituído, segundo Miranda “desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos” (2009, p. 166).

Neste diapasão, podemos afirmar que na teoria do Constitucionalismo Clássico, o Estado, considerava todos igualmente perante a lei, independentemente de suas reais desigualdades, no sentido de que, quanto menor fosse a intervenção do Estado na vida social, maior seria o respeito ao cumprimento do texto constitucional, no que diz respeito à observância dos direitos fundamentais (direito de liberdade). O Constitucionalismo Clássico, portanto, está umbilicalmente ligado aos direitos de 1ª geração, ou seja, a liberdade dos cidadãos frente ao Estado.

Já o Neoconstitucionalismo vai um pouco além desta teoria clássica de legitimação constitucional. A partir da teoria neoconstitucional, o Estado, deveria assumir uma postura intervencionista, no que pertine à realização de direitos fundamentais. Sendo assim, o Estado assume uma feição positiva frente aos direitos positivados constitucionalmente, mais precisamente no que tange à concretização destes direitos fundamentais.

Isso ocorre com os direitos prestacionais da Lei Fundamental de Waimar, de 1919, mas também é a história da Lei de Bonn de 1949, que parte-se da verdadeira revolução paradigmática do sentido e alcance das normas constitucionais.

Com a Constituição do Pós-Guerra, se adentra em alguns aspectos históricos do Tribunal Constitucional, que começou a funcionar em 1951, (*Bundesverfassungsgericht*). A novidade é o tratamento da Constituição como ordem

objetiva de valores. Nesse contexto, como bem esclarece Leal, um dos fatores mais marcantes na atuação do *Bundesverfassungsgericht* foi sua capacidade construtiva no sentido de fortificação e consolidação dos direitos fundamentais, tomando-se como referência a noção de dignidade humana. (2003, p. 62).

A mudança de paradigma aponta a Constituição como ordem de valores que tem seu marco a partir de importante decisão do *Bundesverfassungsgericht* referente ao caso Erich Lüth, na qual se construiu o entendimento de que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, isto é, caracterizam-se, ao mesmo tempo, pelo caráter subjetivo e objetivo.

Neste sentido, salienta Dirley da Cunha Júnior (2004, o. 227):

Advirta-se, desde logo, que o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada diz com o fato de que a existência e vigência dos direitos subjetivos pressupõem, necessariamente, sua previsão no direito objetivo. A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa que a eles é outorgada função autônoma que transcende essa dimensão subjetiva, dotando-lhes um plus jurídico que reforça a juridicidade das normas de direitos fundamentais.

A decisão supramencionada foi além, no sentido de chegar à conclusão de que existe a chamada eficácia horizontal privada dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais não são oponíveis somente ao Estado, mas também aos particulares.

Neste sentido Paulo Bonavides pondera as implicações desta decisão na interpretação constitucional dos direitos fundamentais (2000, p. 541-542):

A irradiação e propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; b) elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; (...); d) aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas

A Corte chama isso de *Ausstrahlungswirkung*, ou seja, uma eficácia de irradiação, na medida em que a dimensão objetiva fornece diretrizes para a aplicação e interpretação de todo o direito infraconstitucional e nas relações entre pessoas (Leal, op. cit., p. 63-66), “ou ainda, uma irradiação dos direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico, inclusive abrangendo atos de particulares (eficácia horizontal)”.

O reconhecimento dos valores constitucionais para todo o sistema jurídico inaugurou a fase do *neoconstitucionalismo*, que para Cunha Júnior, “proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito”(2008, p.9). Portanto, há uma mudança substancial no entendimento não apenas da doutrina, mas também dos tribunais sobre os direitos. Numa obra coletiva, Comanducci afirma que: “*si adopta el modelo axiológico de Constitución como norma*”.(2003, p. 84)

Dentro daquilo que se chama de corrente da teoria crítica do positivismo estão o italiano Gustavo Zagrebelsky, que assegura: *“El Estado constitucional está en contradición com esta inercia mental”*(2009, p.33).

No mesmo sentido, note as palavras de Eduardo Cambi (2009, p. 87): “As Constituições atuais não apenas constituem limites para o legislador, mas também preveem um programa positivo de valores que devem ser por eles concretizados”.

O Neoconstitucionalismo, portanto, está ligado aos direitos de 2ª geração, ou seja, a igualdade material dos cidadãos representada pela concretização de direitos fundamentais e sociais. São as palavras de Prieto Sanchís: “a constituição já não é mais uma norma normarum à moda de Kelsen, encarregada somente de distribuir e organizar o poder entre os órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo que os juízes ordinários devem conhecer e aplicar a todo conflito jurídico” (2005, p.04).

O Neoconstitucionalismo prega que o direito não é apenas forma, não é apenas norma jurídica, ele tem que ter um conteúdo moral para ser válido. O conteúdo moral é aquele ditado pela Constituição Federal, como forma de validade das normas infraconstitucionais. Sendo assim, as constituições começaram a consagrar, expressamente, a dignidade da pessoa humana. E mais do que isso, passou a ser considerada um valor constitucional supremo. A partir da dignidade da pessoa humana, como núcleo da constituição, aconteceu a chamada rematerialização constitucional.

É por essa razão que afirma Antônio Cavalcanti Maia (2007, p. 02):

“A incorporação de conteúdos substantivos no ápice das estruturas legais, com a rematerialização da Lei Maior, implicou, entre outras coisas, uma nova forma de enfrentar a vexata quaestio da filosofia do direito: as relações entre direito e moral – já que os princípios constitucionais abriram uma via de penetração moral no direito positivo.”

As constituições antigas, do constitucionalismo liberal e por essa razão, são chamadas de clássicas, eram concisas. Posteriormente, com o rompimento do paradigma de legitimação constitucional, as constituições se tornaram extremamente prolixas. Posto isto, a principal forma de proteção da dignidade da pessoa humana é através dos direitos fundamentais. Começou-se a consagrar um extremo rol de direitos fundamentais exatamente para proteger a dignidade da pessoa humana como o art. 5º da CF/88. As Constituições antigamente tinham um caráter mais político e não eram vistas como um órgão vinculante.

Corroborando que a leitura constitucional sob o aspecto do constitucionalismo clássico não corresponde ao novo modelo teórico brasileiro, acerca da proteção de direitos fundamentais temos a afirmação de Zagrebelsky para quem (1995, p.112):

Segundo a mentalidade do positivismo jurídico, as normas de princípio, ao conter fórmulas vagas, referências a aspirações

ético-políticas, promessas não realizáveis pelo momento, esconderiam um vazio jurídico e produziriam uma 'contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções, etc.

Neste sentido, surge desse novo constitucionalismo, o reconhecimento da força normativa da Constituição.

Notando esta evolução na interpretação constitucional Maria de Los Angeles Manassero salienta (2006, p. 49):

de acuerdo con el equilibrio reflexivo de Rawls, la consistencia entre valores y principios debe también asumir las convicciones e intuiciones más firmes, más arraigadas. Es decir que la formación de conjuntos de principios morales lógicamente consistentes queda limitada em función de dichas intuiciones. El proceso completo sería: a partir de algunas intuiciones, las más arraigadas, elaborar la teoría moral, en el momento en el que algunas intuiciones pueden ser abandonadas o corregidas y, finalmente, ensamblados los principios, las intuiciones iniciales pueden ser interpretadas de forma diferente a la del comienzo

Delimitados os institutos de legitimação constitucional, é possível, doravante, analisar as implicações práticas e teóricas na aplicação destes institutos na solução dos conflitos entre espécies normativas, demonstrando a superação dos critérios adotados pelo constitucionalismo clássico, frente ao neoconstitucionalismo, concernente a concretização dos direitos fundamentais.

3 CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO E A LEGITIMAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Neste segundo momento, é importante analisar os critérios adotados pela doutrina do constitucionalismo clássico para definir se há hierarquia normativa entre Lei Complementar e Lei Ordinária no ordenamento brasileiro. Esta análise é importante, pois quando confrontarmos situações hipotéticas de conflitos normativos demonstraremos que a teoria de legitimação constitucional adotada pelos juristas brasileiros é o Constitucionalismo Clássico e não o Neoconstitucionalismo, uma vez que a solução do conflito normativo não é buscada na Constituição Federal, mas em métodos infraconstitucionais.

Os critérios analisados são: a) o critério formal que diz respeito ao quorum de aprovação de determinada espécie normativa e; b) o critério material que diz respeito à matéria. Essa análise de critérios é fundamental para compreensão dos fundamentos adotados pela doutrina clássica para, então, posteriormente, demonstrarmos sua insuficiência nos dias atuais na concretização de direitos fundamentais e sociais, criando um novo sistema com base no chamado o neoconstitucionalismo.

3.1 O Critério Formal de Hierarquia Normativa no Constitucionalismo Clássico

O critério formal consiste em atribuir hierarquia normativa conforme o quorum de aprovação durante o processo legislativo brasileiro. Em outras palavras, o critério formal é que nos dirá se determinada espécie normativa é Lei Complementar, Lei Ordinária ou até mesmo Emenda Constitucional. Sendo assim, o quórum de votação define a espécie normativa primária conforme no ensinam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior: “assim, em rigor, o processo legislativo sofre variações segundo a espécie normativa que se pretenda introduzir no sistema” (2010, p. 388).

O texto constitucional do Brasil deu tratamento diferenciado às espécies normativas que tenham quorum de aprovação diferenciado. Salvo a Lei Complementar, que possui matérias específicas previstas na Carta Constitucional de 1988, as demais espécies normativas, ganham seu “status” normativo por meio do critério formal. A Lei Complementar só recebe esta nomenclatura, depois de duas votações de maioria absoluta, uma na Câmara e outra no Senado.

Discorrendo sobre o formalismo jurídico como característica marcante do Constitucionalismo Clássico, Eduardo Cambi salienta com propriedade: “pelo formalismo jurídico, a validade da norma decorre do procedimento anterior à sua elaboração e independe de seu conteúdo. Está assentado no método dedutivo e na crença de que ele é capaz de oferecer soluções determinadas para problemas variáveis” (2009, p. 82).

A afirmação de que existe hierarquia formal entre as espécies se torna claro, quando de um conflito entre tais espécies normativas, pois a solução será dada pelo Princípio Geral do Direito de que a Lei Hierarquicamente Superior revoga a Lei Hierarquicamente Inferior.

Note os ensinamentos de Miguel Reale: “As Leis Complementares são um *tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda da vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente (1962, p. 110)”.

No constitucionalismo clássico, nenhuma lei ordinária tem o condão de revogar uma lei complementar, uma vez sedimentada a idéia de hierarquia formal. A hierarquia entre elas reside no fato da lei complementar exigir maioria absoluta nas votações legislativas e a lei ordinária exigir maioria simples para suas aprovações.

Note, portanto, que não se parte da análise da Constituição Federal no que tange à proteção e concretização de direitos fundamentais e sociais, mas sim, utiliza-se métodos de resolução de conflitos infraconstitucionais pautados exclusivamente no meio de ingresso do diploma normativo no ordenamento jurídico (critério formal).

3.2 O Critério Material

O critério material consiste na afirmação de que o Legislador Originário quis conferir maior proteção a determinados conteúdos que julgou de maior importância, exigindo um quorum de aprovação mais difícil. Portanto, alguns conteúdos mais importantes estão guardados para as leis complementares.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2007, p. 642):

São duas as diferenças entre lei complementar e lei ordinária. A primeira é material, uma vez que somente poderá ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Constituição Federal, enquanto todas as demais matérias deverão ser objeto de lei ordinária

Portanto, uma Lei Ordinária que disciplina matéria afeta ao campo normativo da Lei Complementar, poderá ser livremente revogada por esta, uma vez que, teoricamente, seria o instrumento idóneo e legal para tanto.

Outro entendimento doutrinário é que uma Lei Ordinária sempre será revogada por Lei Complementar, pelo critério formal, se admitir-se que as matérias concernentes à Lei Ordinária não podem ter aprovação de Lei Complementar, que tem conteúdos específicos ditos pela Constituição.

Conferindo ao critério formal a missão de dirimir o conflito normativo, não se pode utilizar o constitucionalismo clássico, num primeiro momento, na aplicação do artigo 60, §4º combinado com o artigo 5º, §2º, ambos da Constituição do Brasil, pois não se analisa os direitos veiculados pela norma, mas tão somente o meio de ingresso no ordenamento jurídico.

Na teoria clássica, o critério material somente será utilizado quando o critério formal não for suficiente para a solução do conflito normativo. Isso implica em proteger mais a forma de ingresso da espécie normativa no ordenamento do que o seu conteúdo.

Por esse constitucionalismo clássico, o núcleo imodificável da Constituição, os direitos fundamentais estão indefesos quando analisados sob o ponto de vista do critério formal, quando se admite haver hierarquia entre as espécies normativas, uma vez que o critério material só será analisado se o critério formal não for capaz de solucionar o conflito entre as espécies normativas.

O critério material, em última análise, só será utilizado quando houver mesma hierarquia entre as espécies normativas, e mais, quando esgotados todas as demais vias de solução de conflitos, como o Princípio da Lei Especial revoga da Lei Geral ou a Lei mais nova revoga da Lei mais antiga que com ela seja incompatível.

Todos os princípios mencionados para a solução de conflitos entre espécies normativas regidos pelo critério formal, especial e temporal, respectivamente, devem ser aplicados quando o critério material não for capaz de solucionar o conflito normativo posto em destaque.

Posto isto, defende-se que o critério material é o único meio idôneo para a solução do conflito normativo, na era do neoconstitucionalismo, uma vez que respeita o texto constitucional brasileiro em sua essência, ou seja, os direitos constitucionais que devem ser tutelados pelo Estado.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO: LEGITIMAÇÃO DO CRITÉRIO MATERIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O neoconstitucionalismo preocupa-se com a tutela efetiva dos direitos fundamentais e sociais previstos no texto constitucional, ou seja, preocupa-se com a tutela substancial dos comandos constitucionais. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo impõe que a solução do conflito seja realizado de acordo a Constituição e não através de métodos infraconstitucionais de solução de conflitos normativos.

São as brilhantes palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 46):

Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais

A Constituição brasileira não ostenta mais a característica de mera diretriz da sociedade no que tange aos seus direitos. Hodiernamente, a Constituição dita como dirigente, obriga que os “poderes” ou funções: Executivo, Legislativo e Judiciário zelem pela efetividade dos direitos humanos nela contidos, sob pena de se romper com a dignidade da pessoa humana.

Para Francisco Fernandez Segado¹, na obra-palestra intitulada “A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo dos Ordenamentos Jurídicos Modernos”, há alguns pontos e vetores importantes, tomando como base a doutrina alemã, que foi a primeira a se preocupar com o tema de direitos humanos e dignidade do ser humano.

Para o autor espanhol, a palavra “dignidade” (*würde*) é uma abstração do adjetivo “valor” (*wert*) e significa, originariamente, a materialização de um valor. Segundo esta linha de raciocínio, a dignidade deve ser entendida no sentido de que é

uma qualidade do homem, como valor, é inatingível, que deve ser protegido de todas as maneiras, quer dentro do ordenamento, em nível internacional inclusive.

Com propriedade assevera José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 365):

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos

Se o enfoque do neoconstitucionalismo passa a ser a concretização dos direitos humanos constitucionais, mais precisamente os direitos fundamentais e os direitos sociais, nos parece claro que o paradigma para a solução de conflitos normativos deixa de ser a utilização do critério formal. É necessário a adoção do critério material como meio de garantir a dignidade do ser humano.

A adoção do critério material, portanto, consiste em um método de solução de conflitos que decorre diretamente da Constituição Federal, como norma primária e fundamental de concretização de direitos fundamentais.

Para a legitimação teórica deste novo paradigma de legitimação constitucional, fundado na adoção do critério material para a solução de conflitos normativos no que tange à concretização de direitos fundamentais e sociais, analisaremos, ainda que brevemente, dois pilares de sustentação, quais sejam: a) o Princípio da Proibição do Retrocesso Social desenvolvido por Mário de Conto na obra O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e; b) Princípio do Progresso Moral da Humanidade. Este último foi desenvolvido por Norberto Bobbio na obra A Era dos Direitos.

4.1 O Princípio do Progresso Moral da Humanidade

O Princípio do Progresso Moral da Humanidade, idealizado e defendido pelo italiano Norberto Bobbio, se faz presente na “Lei Maior” brasileira. Referido princípio atua proibindo o retrocesso nas conquistas humanísticas, ou seja, não se pode suprimir direitos, que são “cláusulas pétreas”. Na jurisprudência do STF, os tratados de direitos humanos podem ser inconstitucionais quando a proteção, na Constituição, seja mais ampla ou benéfica. Prevaleceria, portanto, num confronto não o mais recente, mas o que fosse mais efetivo na proteção, ou seja o que avance na proteção. A ADIn 1.480-DF, envolvendo a Convenção nº 158-OIT, marca esta posição.

Todos os tratados de direitos humanos têm aplicação imediata, na forma do art. 5.º, § 1.º da Constituição e, pois, poderiam até dispensar decreto de execução

presidencial para que irradiem efeitos tanto no plano interno quanto no internacional. Todavia, essa não tem sido a prática, a exemplo da possibilidade de celebração de tratados só pelo Executivo¹. Isso também comprova a busca de se pretender ampliar a proteção.

Conforme nos ensina Bobbio (2004, p. 45):

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados

A análise do referido princípio tem a função de legitimar o arcabouço teórico que será despendido, no sentido de legitimar a adoção do critério material na solução de conflitos normativos, quando analisados sob o ponto de vista do neoconstitucionalismo, conferindo normatividade ao texto constitucional no que tange aos direitos fundamentais e sociais bem como ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social. As proposições filosóficas trazidas pelo eminente autor servirão de suporte para a defesa do Princípio da Proibição do Retrocesso Social como meio idôneo à observância do Progresso Moral da Humanidade.

Em outras palavras, o Progresso Moral da Humanidade somente se manifestará, ainda que de forma tímida, através do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, impedindo que sejam tolhidos dos cidadãos os direitos já conquistados no Estado Democrático de Direito, adotando o critério material como forma de concretização destes direitos, seja exigindo do Estado uma ação positiva ou negativa em relação a eles.

De início cumpre salientar que a comunidade internacional está marcada por uma história de direitos fundamentais, tendo como primeira manifestação a Magna Carta Libertatum, de 1215, do Rei João Sem-Terra. Bobbio acreditava que os direitos são frutos de uma evolução histórica, o que fica patente com as várias versões do documento assinado pelos monarcas britânicos. Ainda pode-se citar entre os vários “bills” da Inglaterra, o Bill of Rights, de 1688, como documento de grande relevância internacional na busca pelos Direitos do Homem. Os covenants e os contratos de colonização nas 13 colônias inglesas também serão antecedentes importantes.

Na esteira dos ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 20):

Muitos observam – e com razão – não ser ela a primeira das declarações de direitos, historicamente falando. De fato, não foi a que mais cedo veio à luz: foi a Declaração dos Direitos editada

pela Virgínia em 12 de junho de 1776, antes mesmo da independência das treze colônias inglesas da América do Norte [...]

Bobbio em sua aclamada obra *Era dos Direitos* afirma que as Constituições modernas são estruturadas normativamente na busca da proteção dos direitos do homem. Sendo assim, os direitos do homem e a democracia formam os critérios de análise do progresso moral da humanidade.

Nas palavras de Norberto Bobbio (2004, p.100):

Definindo o entusiasmo (se referindo a Kant) como a participação no bem com paixão, explicava logo após que o verdadeiro entusiasmo se refere só e sempre ao que é ideal, ao que é puramente moral, e que a causa moral desse entusiasmo era o direito que o tem um povo de não ser impedido por outras forças de dar a si mesmo uma Constituição civil que ele crê boa

A problemática do reconhecimento dos direitos do homem, num primeiro momento, exige do autor profundas reflexões sobre o tema, constatando que, somente após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais da pessoa humana passaram a abranger todos os povos. No entanto, é na Revolução Francesa que referido autor, enxerga o início do chamado progresso moral da humanidade, isto é, direitos fundamentais que foram reconhecidos, ainda que de maneira tímida, mas com características internacionais e permanentes.

Superada a análise do reconhecimento dos direitos fundamentais do Homem, Bobbio volta-se agora, para a problemática da concretização do progresso moral, ou seja, da materialização dos direitos fundamentais.

Assim o é, vez que no estágio atual da sociedade, é evidente os avanços tecnológicos e científicos obtidos de maneira satisfatória, exigindo em contrapartida uma ação estatal para regular os direitos dos cidadãos.

Com inspiração em Kant, diz Bobbio (2000a, p. 669):

[] entendo no sentido kantiano do "contínuo progresso em direção ao melhor", onde o "melhor" deve ser interpretado não em sentido moral, mas em sentido puramente cognitivo, ou seja, de um melhor conhecimento do mundo e do nosso estar no mundo, ou mesmo como criação de instrumentos cada vez mais eficazes para atingir os objetivos desejados e prefixados: maior velocidade nos transportes, maior amplitude e maior difusão das comunicações, maior segurança e eficácia nos cuidados com a saúde, ou, ao contrário, maior capacidade destrutiva na esfera do agir político em cuja base está a relação amigo inimigo, e portanto a necessidade de ofender e se defender

A idéia de Bobbio no tocante ao Progresso Moral da Humanidade nos denota dois aspectos relevantes: a) a busca incessante do progresso no que tange aos

Direitos do Homem e; b) a proibição do Estado em mitigá-los ou de alguma forma atenuá-los.

Note-se, portanto, que é nesta última faceta do pensamento de Bobbio, reside o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, entendido como uma teoria mais qualificada de um dos pilares da grande teoria do Progresso Moral da Humanidade.

Sendo assim, discorre-se sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social no tocante à concepção do neoconstitucionalismo, pautado na defesa do critério material como meio de concretização dos direitos humanos frente aos conflitos entre as espécies normativas.

4.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social tem como seu grande teórico o filósofo Mário de Conto tendo desenvolvido o tema na obra O Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Preocupado com as implicações do constitucionalismo clássico na interpretação da Constituição, Conto desenvolveu importante estudo da nova concepção de Constituição no Estado Moderno, produzindo bases teóricas utilizadas neste trabalho, que tem a finalidade de demonstrar a superação do critério formal na solução de conflitos normativos. Fica claro, que o bom hermeneuta deve utilizar-se do critério material, atentando-se, portanto, ao conteúdo veiculados pelas espécies normativas e não pela forma que se introduzem no ordenamento jurídico do Brasil.

O constitucionalismo clássico afirmava a existência de direitos fundamentais e direitos sociais, todavia, não possuía uma teoria legitimadora destes direitos no que tange a sua efetivação concreta.

Neste sentido Mário de Conto (2008, p. 53):

Do ponto de vista do reconhecimento e da proteção dos Direitos Fundamentais, houve significativo desenvolvimento a partir das teorizações do Estado Social. se, por um lado, havia a preocupação de tornar efetivos os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, conquistados no paradigma do Estado Liberal, por outro lado, visando suprir as deficiências do modelo anterior, o Estado Social buscou proporcionar, através de medidas interventivas, políticas de alcance social

Preleciona o artigo 3º da Constituição Federal que constitui dever do Estado “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Ainda podemos mencionar o disposto no artigo 1º da Carta Magna onde afirma que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana”.

Ao afirmar que o Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito, a Constituição traz um novo patamar e concepção de Estado, bem como a uma nova forma de interpretação de seu texto.

Com propriedade afirma Lenio Luiz Streck (2004, p. 56-57):

Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançados da qualidade de vida do indivíduo. Todavia, algumas situações históricas produziram um novo conceito. O Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro o Welfare State. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe a ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do status quo

Neste contexto, frente às desigualdades sociais existentes no Brasil, bem como inúmeras promessas modernizantes não efetivadas, tem-se a preocupação de conferir um tratamento substancial aos Direitos Fundamentais.

Continua o festejado autor Mário de Conto (2008, p.68):

A atribuição de sentido ao Estado Democrático de Direito no Brasil perpassa, nesse sentido, pelo histórico de ineficiência dos poderes estatais em realizar os Direitos Fundamentais. Nesse sentido, as disposições constitucionais, devem indicar um vir-a-ser, um compromisso do Estado. Disso se demonstra o primeiro aspecto de uma Teoria da Constituição adequada ao modelo brasileiro. Uma Teoria da Constituição Compromissária, Dirigente, e Vinculante dos poderes estatais

Para que os direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988 sejam materializáveis, isto é, sejam efetivamente praticados pelo Estado, é de suma importância a quebra de paradigma do constitucionalismo clássico.

Na lição do eminente jurista Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 339):

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de "contra revolução social" ou da "evolução reaccionária". Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo

Assim o é, vez que o critério que tem o condão de conferir concretude ao sistema jurídico é justamente o critério material. É por meio da análise do critério material que se determinará, verdadeiramente, a proteção aos direitos fundamentais e sociais que assistem aos cidadãos brasileiros.

Conforme preleciona Mário de Conto (2008, p.57):

(..) a crise do paradigma liberal-individualista, relacionado com uma hermenêutica de bloqueio que traz como consequência a diminuição de eficácia dos dispositivos constitucionais. Em face de não estar presente no Estado Liberal a modificação do status quo, mas, somente a manutenção de condições favoráveis ao desenvolvimento da economia, tal paradigma demonstra-se inadequado às finalidades do Estado Democrático de Direito, de índole intervencionista. Um dos graves problemas gerados por tal concepção é que se deixa à Constituição e aos princípios a ela inerentes a tarefa de suprir lacunas, ou seja, uma posição de (mera) acessoriedade no ordenamento jurídico. Todavia, como no Estado Democrático de Direito a Constituição é o *locus* privilegiado da interpretação e seu modo-de-ser vincula o Estado, a dogmática jurídica acaba por inverter a ordem de interpretação, velando o sentido da Constituição

Diante do exposto, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a Constituição Federal tem força normativa vinculante a todos os Poderes Estatais, no que tange aos direitos fundamentais e sociais, e não se pode, sob pena de retroceder socialmente (inconstitucionalidade), abolir ou impor qualquer tipo de restrição a um direito já conquistado pelos cidadãos.

5 DIFERENTES SOLUÇÕES NA TEORIA DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste momento analisaremos que a teoria de legitimação constitucional utilizada poderá influenciar diretamente na proteção ou não do direito fundamental veiculado nos diplomas normativos em conflito.

Sendo assim, apresenta-se a seguinte indagação hipotética para análise: é criada uma Lei Ordinária que veicula direitos fundamentais, todavia, consiste em matéria reservada à Lei Complementar. Posteriormente, percebendo o equívoco, o legislador ordinário cria uma Lei Complementar disciplinando a mesma matéria, porém, com ressalvas aos direitos fundamentais que eram tratados pela Lei Ordinária.

Deste enunciado pode-se extrair diferentes consequências se analisarmos a questão sob o aspecto dogmático da hermenêutica neoconstitucionalista e do modelo clássico.

Primeiramente, analisando a questão sob o aspecto do constitucionalismo clássico, podemos visualizar:

1ª consequência: inconstitucionalidade da Lei Ordinária, vez que tratou de matéria reservada à Lei Complementar. Note-se que, a inconstitucionalidade não se dá pelo critério material, ou seja, se os direitos veiculados ali são ou não constitucionais, mas sim, há declaração de inconstitucionalidade em razão do critério formal, porque para aquela determinada matéria é necessário uma espécie normativo de quorum diferenciado de aprovação para sua constitucionalidade (Lei Complementar – maioria absoluta).

Sendo assim, pelo Constitucionalismo Clássico, a análise dos preceitos normativos da Constituição Federal é relegada a um segundo plano, pois a solução do conflito normativo se dá em sede infraconstitucional, sem a análise dos direitos que deveriam ser efetivados pelo texto constitucional.

2ª conseqüência: ainda que não houvesse pedido de inconstitucionalidade da Lei Ordinária, pela adoção do critério formal (Princípio da Lei Hierarquicamente Superior revoga a Lei Hierarquicamente Inferior), haveria um **impedimento à análise dos direitos materiais** nela constantes, **impedindo a incidência** da regra prevista no artigo 5º, §2º combinado com o artigo 60, §4º, ambos da Constituição Federal, ou seja, o direito veiculado na Lei Ordinária não receberia o status de direito fundamental, impedindo sua imediata aplicação e, tampouco estaria determinado como núcleo imodificável da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sendo assim, restando prejudicada a análise do conflito normativo pelo critério material, pode o Legislador, num segundo momento (criação da Lei Complementar com ressalvas), prejudicar os direitos fundamentais conquistados quando da criação da Lei Ordinária, ferindo de morte o Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Note-se, portanto, que neste sistema de legitimação constitucional, a Constituição Federal não tem força vinculante ou normativa no que tange à concretização de direitos fundamentais, porque “delega” ao sistema infraconstitucional solucionar o litígio sem atender aos seus preceitos.

Neste sentido, note as brilhantes palavras de Antônio Cavalcanti Maia (2007, p.5):

Eis que a grade proposta pelo positivismo jurídico para dar conta da interpretação legal encontra dificuldades para aprender essa nova realidade do direito constitucional contemporâneo: em primeiro lugar, por lastrear a aplicação do direito na idéia da subsunção – incapaz de dar conta da especificidade da aplicação dos princípios, em especial nos freqüentes casos de colisão -, em segundo lugar, por ser tributária de uma percepção do fenômeno jurídico reducionista – na medida em que não desenvolveu um aparato teórico capaz de apreender racionalmente os incontornáveis elementos políticos e morais presentes nas razões dadas aos casos difíceis

A Constituição Federal, portanto, não é o meio imediato e primário da solução do conflito normativo, ferindo frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo do texto constitucional. Este modelo de interpretação constitucional trazido pelo constitucionalismo clássico, portanto, demonstra que “el iuspositivismo de principios del siglo XIX, quizá obsesionado por traspolar a la ciencia del derecho la certeza de las ciencias físicas y matemáticas, se aproximó al estudio del derecho com una explícita voluntad de erradicar cualquier resabio de elementos axiológicos que no pudieran ser identificados lógica o empíricamente; definió al derecho com fórmulas formales que responden a la misma voluntad (...). Pero, como se

ha señalado repetidamente desde distintas latitudes, esta aplicación mecánica de la norma jurídica es tan nociva para el derecho como impracticable”¹

Analisando a questão sob o enfoque neoconstitucionalista (adoção do critério material), extraímos as seguintes conseqüências:

1ª conseqüência: o que realmente importa, em sede de direitos fundamentais, é a concretização destes direitos, sendo irrelevante para tanto, a técnica ou a forma pela qual, tais direitos são veiculados pelo Poder Legislativo.

Sendo assim, analisando a questão pelo critério material, constatando que a matéria é afeta aos direitos fundamentais e está de acordo com a Constituição Federal, a Lei Ordinária deveria prevalecer em relação à Lei Complementar.

E mais, tendo sido analisado o critério material no conflito normativo, esta análise implica em dizer que os direitos fundamentais ali veiculados têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme artigo 5º, §2º, bem como são guarnecidos, desde já, sob o manto de núcleo imodificável da Constituição Federal, conforme artigo 60, §4º da Carta Magna de 1988.

2ª conseqüência: ao admitir a constitucionalidade da Lei Ordinária com fulcro no critério material, a Lei Complementar superveniente que tenta abolir ou restringir direitos fundamentais pode ser declarada inconstitucional, ainda que pelo critério formal seja hierarquicamente superior, por ferir o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, bem como a proibição constante no artigo 60, §4º da Constituição Federal de 1988.

Note-se, que pela teoria de legitimação constitucional do Neoconstitucionalismo, o conflito normativo é visto a partir da Constituição como meio imediato e primário na concretização dos direitos veiculados nos diplomas normativos. É por essa razão, que “os métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos já não são suficientes. As decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão ale do uso esquema lógico-dedutivo, e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica. Assim, o constitucionalismo alicerçado em princípios e direitos parece exigir que os juízes, ao se depararem cada vez mais com casos difíceis, se tornem filósofos (Dworkin) e, além disso, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores”¹

A solução se dá, portanto, em razão da normatividade dos direitos presentes no texto constitucionais, através da ponderação de seus valores e, não, através de métodos que prestigiam a forma de ingresso a espécie normativa no ordenamento jurídico.

5.1 O Conflito Entre Diplomas Normativos Equânimes do Ponto de Vista Formal (ingresso do diploma no ordenamento jurídico)

Apresenta-se seguinte indagação hipotética para análise teórica: é criada uma Lei Complementar que veicula direitos fundamentais. Posteriormente, o Legislador cria uma Lei Complementar disciplinando a mesma matéria, porém, com ressalvas aos direitos fundamentais que eram tratados pela Lei Complementar inicial.

Deste enunciado podemos extrair diferentes conseqüências se analisarmos a questão sob o aspecto dogmático do constitucionalismo clássico ou sob o aspecto da hermenêutica neoconstitucionalista.

Primeiramente, analisando a questão sob o aspecto do constitucionalismo clássico, pode-se visualizar:

1ª conseqüência: adotando-se o critério formal, num primeiro momento, não se chegaria a uma solução imediata de qual Lei deve prevalecer em relação à outra, uma vez que são hierarquicamente equivalentes. Diante do impasse, a solução seria a utilização de outro princípio componente dos métodos de integração do sistema jurídico, qual seja, o Princípio da Lei Nova revoga a Lei Antiga, ou Lei Posterior revoga Lei Anterior.

2ª conseqüência: levando em consideração que no constitucionalismo clássico a Constituição não é vista como modelos de transformação da realidade através da concretização dos direitos fundamentais, poder-se-ia admitir a relativização de direitos que, neste tipo de concepção não são fundamentais. O que haveria aqui seria a simples manutenção dos direitos antigos às pessoas que estavam sob a égide da lei antiga, sob o ***instituto jurídico do direito adquirido***.

Note-se, no entanto, que este instituto é deveras restritivo, vez que o restante da população não estaria sob seu manto, importando em redução dos direitos já conquistados.

Analisando a questão sob o enfoque neoconstitucionalista (adoção do critério material), extraímos as seguintes conseqüências:

1ª conseqüência: analisando a questão, ***prima facie***, através do critério material, já teríamos logo de cara a solução. Partindo da premissa de que no constitucionalismo moderno os direitos previstos na Constituição não são meras diretrizes, e sim concretizáveis e dotados de eficácia normativa, a Lei Complementar primitiva deverá prevalecer em relação à Lei Complementar posterior.

Assim o é, vez que ao conferir eficácia normativa ao texto constitucional, não é preciso muito esforço para considerar um direito previsto constitucionalmente como fundamental, ainda mais em sede de direitos sociais, que visam a dirimir a

desigualdade na sociedade brasileira, mormente quando estamos diante de princípios constitucionais.

Note as palavras de María Del Pilar Zambrano (2006, p.85):

Los principios constitucionales que reconocen derechos fundamentales, en efecto, se expresan en términos abiertos que por su propia naturaleza exigen ser interpretados creativamente. Exigen, esto es, que el intérprete otorgue a la norma un sentido que solo está rudimentaria e incompletamente prefigurado en la misma

Sendo assim, a primitiva Lei Complementar está amparada pela Segurança Jurídica, possuindo a característica de núcleo imodificável da Constituição, por veicular genuínos direitos fundamentais.

Note-se que, a diferença é clarividente em relação ao constitucionalismo clássico. Lá, invoca-se o instituto do direito adquirido para manter a situação consolidada no tempo aos cidadãos alcançados pela vigência e eficácia de determinada lei, desprotegendo os demais no que tange a alteração legislativa. Aqui, invoca-se o princípio da Segurança Jurídica, da Imodificabilidade das Cláusulas Pétreas, bem como do Princípio da Proibição do Retrocesso Social que da guarida, para o futuro, a todos os cidadãos de que, seus direitos fundamentais, uma vez conquistados não sofrerão retrocessos.

Cumpra salientar, conforme demonstrado através das situações postas em análise que, somente através do critério material é possível alcançar a verdadeira concepção da Constituição Brasileira, traduzida pelo neoconstitucionalismo no Estado Democrático de Direito, estruturado através do Princípio do Progresso Moral da Humanidade e da Proibição do Retrocesso Social. HESSE (1991, p.22), diz que dentre as soluções possíveis é necessário buscar uma interpretação adequada para prestigiar os direitos humanos, “devendo ser escolhida aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

6 A EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Decreto Lei nº 7.661/45, antiga Lei de Falência e Recuperação de Empresas, não estipulava um limite de recebimento de débitos trabalhistas por parte dos empregados em relação à massa falida. Pela lei antiga, os credores trabalhistas poderiam consumir todo o patrimônio da massa falida no processo de Falência, preterindo, portanto, todos os demais credores (Garantia Real, Fisco, Garantia Especial, Quirografários, Sub-Quirografários, etc.). Assim o era, uma vez que o trabalhador

sempre gozou de proteção integral e diferenciada fruto da natureza alimentícia dos créditos em questão.

Posteriormente, foi aprovada a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas, conhecida como a Lei 11.101/05. Referida lei, ao contrário da anterior, limitou o crédito trabalhista em até 150 salários mínimos para cada trabalhador receber da massa falida.

Em uma aproximação superficial do tema poderíamos dizer que houve violação do princípio da Proibição do Retrocesso Social em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, pois houve uma limitação dos mesmos. Os direitos fundamentais dos trabalhadores no que pertine ao processo de falência, portanto, foram estiolados por lei superveniente, sendo neste aspecto inconstitucional.

Aprofundando o tema em destaque, podemos perceber que a razão da limitação dos créditos trabalhista em até 150 salários mínimos decorre justamente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. No caso, constatou-se que não era razoável que os créditos trabalhistas pudessem atingir o infinito, prejudicando assim, todas as outras categorias de credores. Nitidamente, houve o confronto entre os direitos creditícios dos credores trabalhistas com os direitos creditícios das demais categorias que compõem o concurso de credores falencial. Note-se, portanto, que através da ponderação de valores dos direitos fundamentais em questão, pode-se chegar a uma solução razoável e justa para o caso concreto.

Cumpra distinguir uma última análise: os direitos trabalhistas em nenhum momento foram suprimidos, ou seja, não houve retrocesso social em relação a eles. O que ocorreu foi à mitigação da manifestação patrimonial desses direitos em função da eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos demais credores que com eles entraram em conflito.

7 CONCLUSÕES

Adotando-se o constitucionalismo clássico como teoria de legitimação constitucional é possível afirmar a existência de hierarquia normativa em entre Lei Complementar e Lei Ordinária em razão do quorum de aprovação qualificado para sua criação. Essa hierarquia é pautada exclusivamente no critério formal (entrada da norma no ordenamento jurídico).

O Constitucionalismo clássico, portanto, como teoria de legitimação constitucional tem como característica predominante o formalismo jurídico. O formalismo jurídico, legitima constitucionalmente os direitos de 1ª geração, isto é, as liberdades. Sendo assim, temos uma igualdade meramente formal, onde o juiz deve aplicar a lei, independentemente do caso concreto, pois a lei é geral, abstrata e

suficiente para prever as soluções dos casos, impedindo que o juiz conceda a melhor tutela jurisdicional ao caso concreto, implicando, portanto, a não concretização dos direitos fundamentais protegidos pela norma jurídica.

Ainda na concepção do constitucionalismo clássico, no conflito de espécies normativas de hierarquias distintas, a adoção do critério formal privilegia a espécie normativa que teve sua criação fruto de um quorum qualificado de aprovação, impedindo a questão de ser analisada pelo critério material de solução de conflitos das espécies normativas.

Legitimando os direitos de 1ª geração, o constitucionalismo clássico impõe um dever de abstenção do Estado, no sentido de que quanto menor fosse a influência do Estado na vida dos cidadãos, maior seria a proteção e observância das liberdades individuais.

O constitucionalismo clássico, “delega” ao ordenamento infraconstitucional a solução do conflito, através de métodos próprios, sem impor condição de uma norma superior dotada de força normativa.

O impedimento da utilização do critério material, pelo constitucionalismo clássico fulmina os direitos fundamentais, no sentido de impedir a pretensão dos direitos presentes na espécie normativa serem abarcados sob o manto do núcleo imodificável da Constituição, bem como de conferir-lhes aplicabilidade imediata e ainda sofrer a incidência do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Em última conclusão sobre o a teoria de legitimação constitucional do constitucionalismo clássico, a subsidiariedade do critério material, privilegia técnicas de solução de conflitos normativos menos concretizadoras de direitos fundamentais como o Princípio da Lei Hierarquicamente Superior revoga a Lei Hierarquicamente Inferior, o Princípio da Lei Especial revoga a Lei Geral e o Princípio da Lei Posterior revoga Lei Anterior.

A teoria de legitimação constitucional do Neoconstitucionalismo tem o condão de efetivar os direitos fundamentais de 2ª e 3ª geração, pois impõem ao Estado uma prestação positiva em relação aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. O Neoconstitucionalismo, como técnica de efetivação e concretização dos direitos previstos constitucionalmente, confere-lhes eficácia normativa, soluciona, num primeiro momento, de maneira justa e eficaz os conflitos entre as espécies normativas.

O Neoconstitucionalismo permite, portanto, que a Constituição Federal assuma um papel de texto dotado de eficácia, assumindo a solução do conflito normativo impondo toda a sua normatividade na concretização de direitos fundamentais.

O Neoconstitucionalismo legitima o Princípio da Proibição do Retrocesso Social como concretização e manutenção dos direitos já conquistados e mais, confere

força vinculante a estes direitos. Neste sentido, ao passo que no constitucionalismo clássico, os direitos restringidos seriam protegidos pelo instituto do direito adquirido no que tange às situações jurídicas consolidadas a época da lei antiga, no neoconstitucionalismo, teríamos o Princípio da Segurança Jurídica em sua forma ampla e protetiva daquele determinado direito para todo o sempre, exceto quando viesse lei posterior ampliando tais direitos.

O Progresso Moral da Humanidade é a idéia fundante de toda a teoria legitimadora do Neoconstitucionalismo para a adoção do critério material para a solução de conflitos entre as espécies normativas, tendo como principal vertente o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, no sentido de que é vedado ao Estado proteger os direitos fundamentais de maneira deficiente, tendo o dever de sempre avançar na sua concretização.

Pela adoção do Neoconstitucionalismo como teoria de legitimação constitucional dos direitos fundamentais, o conflito entre diplomas normativos, não leva em consideração o critério formal, mas sim, o critério material, implicando em reconhecer, eventualmente, no que tange ao caso concreto, a inconstitucionalidade de uma lei complementar em face de uma lei ordinária, quando aquela vier a restringir direitos previstos mais amplamente nesta.

A solução do conflito normativo, portanto, está na legitimidade conferida pela Constituição Federal aos direitos veiculados pelas leis infraconstitucionais. O que se deve atentar, então, é a qualidade dos direitos veiculados no diploma normativo conforme a leitura constitucional para obtermos o maior respeito ao espírito constitucional.

Por derradeiro, a legitimação teórica da Constituição pautada no Neoconstitucionalismo permite aos hermeneutas chegar a outro nível de compreensão dos direitos fundamentais como é o caso da dimensão objetiva e subjetiva destes direitos, bem como da possibilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sendo assim, o que antes se afirmava que os direitos fundamentais somente seriam fruto da lei e oponíveis aos Estado, hodiernamente, é possível se falar em oposição dos direitos fundamentais entre particulares e proteção destes direitos ainda que não previstos legalmente, simplesmente pelo fato de possuírem densidade constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo**. In: (Org.) LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. **Democracia, Direito e Justiça**:

estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 10º.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Org. por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Baccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Campus, 2000ª, p. 669.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional. 9ª ed. rev. atual. amp.** São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra, 1994.

CONTO, Mário de. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.** In: CARBONEL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

MANASSERO, María de los Ángeles. **La interpretación en la era de neoconstitucionalismo/ coordinado por Juan Cianciardo – 1ª ed.** Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. Disponível na internet: [HTTP://mundojuridico.adv.br](http://mundojuridico.adv.br). Acesso em 28/02/2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 642.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Jueces e justicia em tiempos de constitucionalismo – entrevista AL profesor Luis Prieto Sanchís realizada por Pedro P. Grández Castro (mimeo)**. Toledo, 2005.

REALE, Miguel. **Parlamentarismo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 110.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público – curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Bahia: JusPodvm, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Segado, Francisco Fernandez <in> Caderno de Direito Constitucional – 2006, disponível no site do TRF 4ª Região.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56-57.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9ª. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. **El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ZAMBRANO, Maria Del Pular. **La interpretación en la era de neoconstitucionalismo/ coordinado por Juan Cianciardo – 1ª ed**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

O MODELO FEDERALISTA NA CONFIGURAÇÃO ESTATAL DO SÉCULO XXI E O PAPEL DO MUNICÍPIO

THE FEDERALIST MODEL ON THE 21TH CENTURY STATE CONFIGURATION AND THE BOROUGH ROLE

Antonio Celso Baeta Minhoto¹
Universidade Municipal de São Caetano do Sul

RESUMO: o ideal federalista é admirado desde há muito. É um modelo que, em teoria, traz unidade e autonomia ao mesmo tempo para qualquer tipo de estado. Mas, ao longo da moderna história humana, podemos ver modificações neste modelo que, algumas vezes, representaram maior centralização e perda de autonomia. Hoje, com novos desafios, ligados especialmente com questões como trazer liberdade e como dar maior poder e participação ao povo, o federalismo experimenta um tipo de renascimento e, talvez, uma possibilidade para a organização da sociedade, indicando o município como um ponto central desta nova configuração.

PALAVRAS-CHAVE: federalismo; autonomia; centralização; organização da sociedade; município

ABSTRACT: the federalist ideal is admired since many years. It's a model that, in its theory, brings unit and autonomy at the same time for any kind of state. But, all long from the modern human history, we can see changes in this model, that, sometimes, represented more centralization and autonomy lose. Today, with new challenges, connected specially with issues like brings freedom and how to give more power and participation do the people, the federalism experiments a kind of reborning and, maybe, a possibility to the society organization.

KEY-WORDS: federalism; autonomy; centralization; society organization; borough.

1 INTRODUÇÃO

Se nota, especialmente, mas não exclusivamente, na Europa, uma certa retomada dos ideais federais ou, ainda, dos ideais que inspiraram a formação ou a criação do estado federal, transformando-o naquela que é talvez a forma mais bem sucedida de estado, como veremos adiante.

Junto com esse reavivamento do federalismo, ou até provavelmente em razão dele, se nota do mesmo modo uma valorização crescente da vida comunitária mais descentralizada, vale dizer aquela vivida na cidade, organizada politicamente como município, o que, a nosso ver, atrai uma visão mais aproximada sobre tais aspectos e como o Estado de Direito pode se inserir nesse contexto.

¹ Doutorando em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana Unida, São Paulo; Professor Titular de Direito Público da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS), SP; advogado; parecerista e autor de obras jurídicas.

Inicialmente, traremos uma visão histórica e conceitual sobre o Estado Federal, indicando suas características e sua evolução ao longo da história moderna do estado. Desenvolvido esse entremeio, trataremos de pontuar acerca da revalorização do federalismo, do município, da vida comunitária e de como isso pode se desdobrar futuramente, a partir de exemplos atuais.

O campo de estudo delineado pelo tema acima, contempla vários aspectos do federalismo. Contudo, cumpre notar, já de plano, como sendo nossa preocupação primeira, ou mesmo primordial, a análise do papel do federalismo na atualidade, no panorama mundial e não só no tocante ao aspecto estritamente jurídico ou político, mas procurando demonstrar outros itens surgidos de tal análise, notadamente as diversas implicações sociais ligadas ao tema do federalismo, tudo isso sem perder de vista o necessário e inicial viés histórico do nosso objeto de estudo, tomando por base, porém, o federalismo a que deu ensejo o Estado Liberal, mais especificamente com a promulgação da Constituição Norte-Americana de 1789.

2 HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

É de notório saber que o federalismo é apontado, por vários doutrinadores e teóricos, como a forma ideal de Estado². Mais à frente, serão comentadas algumas dessas características que supostamente fazem do federalismo um modelo a ser seguido, na visão de muitos. No momento, muito embora não seja aqui o escopo central de estudo, traremos uma primeira indagação:

Levando-se em conta que a confederação é hoje, como forma de estado, mero registro histórico e que os estados organizados na forma unitária estão já há tempos se descentralizando cada vez mais, aproximando-se de forma marcante da forma estatal federal, por quê o federalismo conquistou, e isso não há como negar, está posição próxima de uma *quase unanimidade*, quando se discute formas de Estado ?

A resposta para essa questão parece repousar em dois aspectos: *capacidade de adaptação (elasticidade)* e *ausência de opções viáveis*. De fato, nenhuma outra forma estatal apresenta a adaptabilidade do federalismo, ensejando até mesmo a confecção de diversos tipos ou modelos ao redor do mundo, ou seja, federalismo norte-americano, federalismo alemão, federalismo argentino, federalismo soviético, federalismo canadense, federalismo brasileiro, federalismo mexicano e outros mais que, cada qual à sua maneira, trataram de promover modificações personalistas de acordo com seus traços característicos ou peculiares, mantendo

² TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*, São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 182; RUSSOMANO, Rosah. *O princípio do federalismo na constituição brasileira*, Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1965, p. 20 e; CAVALCANTI, Amaro. *Regimen federativo e a república brasileira*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900, pp. 119 a 125;

apenas os traços mais marcantes e essenciais do sistema federal, tais como repartição de competências e autonomia constitucional do estado-membro, por exemplo³.

Aliás, e nesse particular, a Federação Suíça é sempre citada quando se trata de trazer exemplos de uma aplicação bastante particularizada do sistema federativo. Como é notório, a Suíça várias regiões rigidamente demarcadas, os chamados *Cantões*, sendo esses, por sua vez, agrupados em regiões maiores, possuindo cada uma delas sua própria língua (italiano, alemão, francês e romanche) e, claro, sua própria cultura e costumes. Em decorrência dessa valorização da localidade, da regionalidade, algo expresso especialmente em termos culturais, é o suíço reconhecidamente um ser local ou, pelo menos regional por excelência. A vida local/regional é de vital importância ao suíço.

Para o suíço, portanto, ter um estado federal “*é muito mais a afirmação da autonomia cantonal frente ao poder central, que a integração dos cantões num Estado Federativo*”⁴. Nesse passo, a Suíça dispõe, inclusive, de instrumentos legislativos com poder de adição à Constituição Federal, os denominados “*decretos federais de alcance geral*” que, por seu turno, podem ser promulgados até mesmo em dissonância ou clara divergência com o texto constitucional federal, bastando, para tanto, que a matéria seja considerada urgente⁵.

Ou seja, o suíço vive sob um sistema federativo, mas de tal modo modificado de sua raiz ou características mais ortodoxas, que findou por criar um sistema profundamente particularizado, nada obstante siga sendo uma federação. Essa flexibilidade do federalismo, essa elasticidade, permitindo uma adaptação praticamente casuística, transmite muito de sua força e de seu prestígio como forma estatal.

Com relação à acima alegada falta de opções viáveis, vemos que, muito embora tenhamos tido exemplos históricos do Estado Unitário até mesmo na época moderna – Brasil Imperial – e hoje tenhamos, ainda, exemplos de Estados ditos por alguns como Unitários Descentralizados⁶ (Espanha e Itália), estes nem podem ser vistos como sendo possuidores da centralização típica dos Estados Unitários antigos, exibindo, bem ao revés, uma *unidade estatal descentralizada em regiões* – daí sua denominação de Estado Regional por alguns autores⁷ – francamente inspirada no federalismo.

Bem de se ver, por outro lado, que a confederação, como já dissemos, “*é atualmente uma referência histórica, pois já encerrou sua trajetória no domínio da organização dos Estados*”⁸, razão pela qual constatamos, finalmente, que também por

³ HORTA, Raul Machado Horta. *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte : Del Rey, 1995, p. 348;

⁴ GARCÍA, Alberto Barrena. *El federalismo em Suíza*, Madrid : Coleccion Inst. Políticas, 1970, p. 43;

⁵ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 49-50;

⁶ HORTA, *op. cit.*, p. 361;

⁷ RAMOS, Dirceô Torrecillas. *O federalismo assimétrico*, São Paulo : EDUSP, 1997, pp. 30-31;

⁸ HORTA, *op. cit.*, p. 345;

esse aspecto conseguiu o federalismo se impor num âmbito mundial, ao menos no mundo ocidental.

Portanto e como pudemos ver acima, o desenvolver da história em si mesma, foi algo bastante contributivo na consolidação do federalismo como forma de Estado. Se, porém, resta evidente que o Estado Federalista se impôs com largo auxílio da proverbial ausência de outras opções viáveis na marcha da história, não menos evidente configura-se a constatação de que as qualidades dessa forma estatal foram decisivas para consolidar sua posição de hegemonia. Destarte, além da elasticidade ou adaptabilidade já mencionadas, temos ainda⁹:

- a) melhor aceitação das diversidades regionais;
- b) repartição do progresso;
- c) a federação dificulta o despotismo;
- d) estados-membros natural e geograficamente isolados, se vêem capazes de integrar-se a um todo maior;
- e) a repartição do poder com o estado-membro alivia a carga do poder federal e prestigia a participação daquele na vida nacional;
- f) a repartição do poder federal com o estado-membro estimula o povo, mais próximo a este último, a participar da vida política do país.

No entanto, e sem embargo do acima disposto, o fato de que o estado federal tenha se tornado praticamente hegemônico no que toca à forma do estado, beneficiando-se de forças estranhas às suas como pudemos ver acima, jamais se apresentou, e nem se apresenta, como um sistema livre de inconvenientes, desvantagens ou falhas que, de um modo ou outro, podem vir à tona e comprometer sua essencial unidade. Estas falhas poderiam ser assim elencadas¹⁰:

- a) enfraquecimento do poder central;
- b) constante possibilidade de dissolução;
- c) falta de uniformidade na legislação e na administração;
- d) enfraquecimento internacional do estado;
- e) necessidade vital de identidade cultural (*latu sensu*).

Nada obstante, uma análise mais acurada da história nos mostrará como grande propulsor do federalismo moderno a nação considerada como sua criadora, os Estados Unidos da América. Veremos por que.

A Inglaterra praticamente instituiu, em fins da idade média e despertar da idade moderna, a idéia então ainda inaplicada na época de um Estado Liberal moderno. Esta idéia, como se sabe, desenvolveu-se largamente ao longo de várias

⁹ CAVALCANTI, *op. cit.*, pp. 119-125;

¹⁰ CAVALCANTI, *op. cit.*, pp. 112-118;

dezenas de anos, recebendo seu ápice aplicativo em fins do século XVIII, conjuntamente aos movimentos revolucionários observados na França e nos EUA.

Este modelo estatal trazia em sua essência os ideais de repartição de poder, mas, principalmente, os instrumentos de limitação desse mesmo poder, aspectos de bastante relevo numa Europa já bastante desgastada pelos regimes absolutistas. O liberalismo era visto como o único meio ou a única alternativa a esta situação, por que *“o estado liberal se caracteriza como um estado de direito, fundado não mais somente na vontade do soberano (que não reconhece superiores), mas na supremacia da lei”*¹¹.

A lei passava a ser o grande instrumento regulador do Poder, regulador de fato, porque obviamente a lei existia antes do liberalismo, mas com muito mais acanhamento aplicativo e com muito menos prestígio. Neste ambiente, surge a independência e a constituição federalista norte-americanas, contemplando todos os valores liberais e as esperanças naturalmente depositadas pelos habitantes do novo mundo, esperanças também alimentadas pelo continente europeu.

Como concomitantemente a isso, os mesmos EUA mostravam-se como uma nação progressista, em franco desenvolvimento, o federalismo americano foi sendo visto como modelo pelo restante do mundo e isso, frise-se, muito mais pela pujança econômica que o país exibia, do que propriamente pelas vantagens de seu sistema federal de Estado.

O raciocínio era, aproximadamente, o seguinte: se os EUA estão se desenvolvendo a olhos vistos e adotaram este sistema, este deve ser o ideal para as nações em geral, devendo ser adotado por todos os outros países para a obtenção dos mesmos resultados.

Prosseguindo, os norte-americanos criaram um modelo de Estado Federal altamente descentralizado, ao menos inicialmente, instituindo o modelo dos poderes enumerados para a união e os poderes não enumerados para os estados-membros. Mais à frente, já em 1789, contudo, a décima emenda constitucional instituía ou fixava o raio de ação dos poderes do estados federados, declarando expressamente que *os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados, respectivamente, aos Estados ou ao povo*¹².

Marcava-se a época do federalismo dual, em que os governos estaduais e o governo federal possuíam rígida repartição de poderes. Um respeitado doutrinador, constitucionalista americano, asseverou que *“nesta visão, o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento de um sistema federal é assegurado e mantido pela*

¹¹ AMATO, Giuliano. *Forme di stato e forme di governo*, Bologna : Il Mulino, 1984, p. 53;

¹² HORTA, *op. cit.*, p. 350;

estrita demarcação da autoridade federal e estadual¹³. Mas, o dualismo não perseverou até nossos dias.

3 CENTRALIZAÇÃO DO ESTADO E FEDERALISMO

Ocorre, porém, que os princípios liberais, nos fins do século XIX e início do século XX, já não encontravam a consagração que haviam experimentado em seu auge como modelo ideológico político-estatal.

O Estado com um viés social mais pronunciado, um nacionalismo por vezes extremado, aspectos que, ainda mais, acabaram dando ensejo para o futuro surgimento do Estado intervencionista, tomava assento no rol dos eventos históricos relevantes. Esse caldo social-nacionalista típico do início do século XX, que em alguns aspectos ainda se formava, gerou profundas mudanças no modelo estatal vigente, sendo que estas agiram de forma direta sobre o federalismo e suas características.

A descentralização perdia força, a autonomia dos estados-membros passava a ser mitigada, relativizada e aos poucos substituída pelo poder federal central onipresente e, em certos momentos, onipotente. Os objetivos nacionalistas mostravam-se mais ambiciosos, as atribuições da União eram crescentes e, a força dos mercados via-se em cheque diante de "*um estado que sobrepõe sua vontade à vontade dos particulares*"¹⁴ e que, ademais, punha mesmo em xeque até o exercício da Democracia.

Era, destaque-se, um Estado que via suas funções aumentarem cada vez mais¹⁵. Até como consequência natural disso, um outro fenômeno também surgia, qual seja a federalização das competências estaduais¹⁶. Manuel Garcia Pelayo explicava este último aspecto, bem como a centralização que se apresentava, elencando 3 motivos básicos:

- a) guerras e depressões, como elementos que reforçam a unidade;
- b) atividade empresarial do Estado, incrementada pela ampliação dos órgãos e serviços estatais;
- c) aumento da complexidade estrutural econômica, trazendo para a esfera federal assuntos antes só afetos aos estados-membros¹⁷.

Muito embora esta centralização sofresse pesadas críticas, o fato é que ela prevaleceu, tomando extraordinária força com o advento do *New Deal* do presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt, configurando um estado intervencionista por natureza e excelência, sendo ainda característica marcante desse novo ambiente

¹³ SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atua*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992, p. 26;

¹⁴ AMATO, *op. cit.*, p. 62;

¹⁵ MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia : o pluralismo político na constituição de 1988*, São Paulo : EDUSP, 1998, p. 113;

¹⁶ HORTA, *op. cit.*, p. 351;

¹⁷ Manuel Garcia Pelayo, *apud* HORTA, *op. cit.*, p. 352;

ou dessa nova configuração, uma notável centralização do poder central em detrimento da descentralização política anteriormente observada, abrindo-se espaço para uma concepção do modelo federal nominada, algum tempo depois, de *federalismo cooperativo*.

Veja-se que a décima emenda constitucional norte-americana, referenciada ainda há pouco, foi, nesta época, posta de lado e assim o foi pela própria Suprema Corte em 1941, declarando o referido tribunal máximo que referida emenda “*trazia em si um truismo sem maior importância prática*”¹⁸.

Após a 2ª Guerra Mundial, essa centralização não mudou substancialmente de figura, apenas transmutando-se num Estado de caráter intervencionista de perfil mais elaborado, o chamado *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar Social, do Estado provedor da nação por excelência, cujo embrião, como exposto, estava lá no início dos anos trinta como resposta a grande depressão dos anos vinte nos EUA, notadamente em seu ápice no ano de 1929 com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York.

O *New Deal*, gestado e posto em marcha num estado ainda bastante centralizado e interventivo funcionava, e efetivamente foi assim que ocorreu, como uma espécie de “contrato social” entre o Estado e o povo¹⁹. Trouxe consigo um rompimento com o modelo de Estado baseado no federalismo dual, com competências federais e estaduais rigidamente demarcadas – nunca mais resgatado ou reavivado – e lançou as bases, como vimos, não só do *Welfare State*, mas mesmo de uma visão que poderíamos nominar como “justo assistencialismo” (*Fair Deal*), posta em marcha tempos depois, dos anos setenta em diante do século XX.

O fato é que os conflitos surgidos até a primeira metade do século XX de certa forma justificaram a perda da descentralização estatal, antes incensada como qualidade fundamental do federalismo (o que é de fato verdadeiro). Para defender a nação, preservar seus valores e principalmente manter a unidade, se mostrava aceitável abrir mão da independência dos entes componentes do Estado Federal, estados e municípios, em prol de uma força única mais coesa.

Em tempos atuais, muito embora com algumas mudanças neste quadro, o fato é que vivemos resquícios fortes dessa época. Obviamente o tom grandiloquente de recuperação e disciplina, típicos do *New Deal*, mudou, mas o fato é que o Congresso Americano continua tutelando mais do que nunca e, baseado na interpretação dos *interesses interestaduais*, pode legislar e regular praticamente tudo, da matéria mais genérica possível, até o interesse mais local imaginável²⁰.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O estado federal*. São Paulo : Ática, 1986, p. 45-46;

¹⁹ Franklin Delano Roosevelt, presidente dos EUA nesta época, dizia aos norte-americanos, em tom messiânico : “*Precisamos nos movimentar como um exército treinado e leal disposto a sacrificar-se pelo bem de uma disciplina comum, porque sem tal disciplina nenhum progresso se faz, nenhuma liderança se torna efetiva*” apud SCHWARTZ, op. cit., p. 31;

²⁰ SCHWARTZ, op. cit., p. 36;

Se adicionarmos ao comentário acima um outro fato político relevante, que vem a ser a postura norte-americana de preservação de um determinado rol de valores, supostamente ligados à democracia, à liberdade e ao respeito à dignidade humana, em âmbito mundial, o que levou alguns autores a qualificarem tal postura como um “*policiamento*” do Mundo, seremos obrigados a concluir por uma centralização de poder com a União cuja eventual reversão em prol de uma descentralização para os estados-membros se afigura cada vez mais improvável²¹.

Adentremos, agora, a uma visão mais detida sobre o federalismo e o desenvolvimento da idéia federalista no Brasil. E falar em federalismo no Brasil, é falar, historicamente, do advento da República em 1889 e a conseqüente derrocada da monarquia.

Antes disso, na fase colonial, experimentou o país longo período de uma espécie de confederalismo informalmente disposto, época das capitânias hereditárias, em que estas se reportavam diretamente à Portugal e, em determinadas situações, eram mesmo incentivadas pelo governo central lusitano a seccionar-se do todo em que se viam inscritas como parte. Mais à frente, com a vinda da coroa portuguesa ao Brasil – chegada de Dom João VI, em 1808 – o império viu-se como um Estado Unitário. De todo modo, a fase imperial do Estado Brasileiro não conheceu o modelo federativo, havia um rudimento de desconcentração em prol dos estados, na verdade províncias, e mesmo o município era uma instância vista, então, como um mal necessário, onde grassavam a improvisação e a desorganização políticas²².

De todo modo, desde o texto constitucional de 1891, o que se constata é que o próprio povo brasileiro jamais se deu conta ou mesmo ocupou-se de alguma forma em defender ou valorizar a descentralização e o respeito ao sistema federativo em que, nominalmente, se estribava a república²³ e isso por razões culturais e de costumes já bastante sedimentadas, como mencionamos acima.

Muito embora o primeiro texto constitucional de 1891 tenha expressamente disposto a limitação de atuação da União junto aos estados-membros (artigo 5º), o fato é que estas limitações foram sendo inobservadas ao longo do século XX. Campos Salles, Presidente da República entre 1898 e 1902, notabilizou-se pela adoção da chamada política dos estados, “*embora o vulgo a haja designado por ‘política dos governadores*”²⁴. Mas, o fato é que as preocupações descentralizantes do paulista

²¹ CORWIN, Edward. *American constitutional history*, New York : Harper & Row, 1964, p. 37;

²² Victor Nunes Leal, grande estudioso das questões municipais, é citado por ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O município no sistema constitucional brasileiro*. Belo Horizonte : EDUFMG, 1982, pp. 49-50, afirmando, assim, que “*não se pode, entretanto, compreender o funcionamento das instituições daquele tempo, inclusive das autoridades locais, com a noção moderna da separação de poderes, baseada na divisão das funções em legislativas, executivas e judiciárias. Havia, neste terreno, atordoadora confusão, exercendo as mesmas autoridades funções públicas de qualquer natureza, limitadas quantitativamente pela definição, nem sempre clara, de suas atribuições, e subordinadas a um controle gradativo, que subia até o Rei*”

²³ HORTA, *op. cit.*, p. 355;

²⁴ CAETANO, Marcelo. *A federação*, Forense : Rio de Janeiro, 1987, p. 49;

Campos Salles, encontraram muito mais críticas do que um eco de reforço às suas intenções.

Mais à frente, sofrendo também o Brasil as influências do nacionalismo europeu e do *New Deal* norte-americano, promulgou duas cartas constitucionais, de 1934 e 1937, em que, ambas, muito embora declarem inspirar-se na Constituição Federal de 1891 e defendam a forma federativa e a descentralização do Estado, denotaram forte caráter nacionalista, enxergando os estados-membros como meras unidades intermediárias afirmadoras do Estado Nacional²⁵.

A constituição de 1934, promulgada como resultado de notória pressão social sobre Vargas, especialmente a Revolução Constitucionalista de 1932, ainda possuía um viés mais libertário ao menos nominal. Mas sua vigência foi curta e o ano de 1937 trouxe uma nova constituição, como reboque do golpe instituidor do Estado novo, e experimentou-se, então, uma centralização bastante extremada, para não se mencionar os consectários próprios de um regime de exceção, sendo, na verdade, um texto de caráter meramente subsidiário em face de um projeto de poder mais amplo expresso por Vargas²⁶.

Salvo algumas modificações, de certo modo menores, as constituições federais seguintes, 1946 e 1967 – e mesmo, de algum modo, a atual de 1988 – padecem do mesmo mal que já se lhes afligia nos textos anteriores, sendo este o de dispor o poder Estatal de forma federalista e supostamente descentralizada, mas terminar por prestarem-se a perpetuação de um centralismo bastante exacerbado.

Por outro lado, dizer que o Brasil vive uma crise em seu sistema federativo é incorporar-se a uma massa de críticos vasta que, nada obstante tenham suas plausíveis razões, muitas vezes nada inovam e nem buscam as motivações dessa situação. Em outras palavras, tornou-se lugar-comum criticar as imperfeições de nosso federalismo.

Vivemos, como já dito, uma crise federativa, bem de se ver, praticamente desde o início da república. No passado, as razões já foram suficientemente expostas, tal como no caso da entrada em cena do Estado Nacional e a supervalorização da União como meio de criar-se uma identidade nacional, gerando, segundo se acreditava, um fortalecimento da Nação em nível internacional.

De 1946 em diante, o que se viu foi a formação lenta e firme de um Estado calcado num assistencialismo por parte da União em relação ao estados-membro, tornando-se este último mero receptor de recursos federais, advindos de vários meios,

²⁵ Pugnavam os constituintes chamados de nacionalistas em 1933 que deveria haver “a ampliação dos seus (da União) meios de atuação sobre a coletividade brasileira e a restrição de determinados excessos de autonomia local”, trecho dos anais da Convenção Nacional do Clube de 3 de Outubro, *apud* CAETANO, *op. cit.*, p. 52;

²⁶ D’AVILA, Luiz Felipe. *A federação brasileira*, in “*Por uma nova federação*”, Celso Bastos (org.), Revista dos Tribunais : São Paulo, 1995, p. 53-76. Nesta Constituição (1934), havia a previsão de um sistema misto de votação para a câmara dos deputados, sendo uma parte escolhida pelo voto direto e outra pelo voto indireto;

e.g., orçamentários, creditícios, bancários, transformando o Estado Brasileiro no que alguns denominam de *federalismo cooperativo*, a exemplo do termo cunhado nos EUA, muito embora, em diversas ocasiões, somente uma das partes coopere²⁷.

Para esta situação, também conta-se com a adoção de vários instrumentos federais criados com o escopo de desenvolver os estados-membros e os municípios, tais como SUDENE, SUDAM, SUDESUL CODEVASF e outros, que, muito embora tenham realizado várias obras em suas regiões de atuação, prestaram-se muito mais como instrumento de dependência dos recursos federais, moeda política de troca com lideranças políticas locais e perpetuação de um modo clientelista de atuação estatal.

Como outro elemento dificultador da adoção de um federalismo de fato, temos a questão dos bancos estaduais, alimentados por longo tempo por dinheiro federal, dinheiro esse mal aplicado em seus estados de origem ou mesmo envolvidos em desvios ou negociatas de políticos locais, buscando financiar suas campanhas políticas, notadamente a partir de 1982²⁸.

A privatização de tais bancos a partir dos anos noventa mitigou o problema, mas não modificou o quadro de dependência acima comentado. E tudo isso, por fim e na verdade, denota a total ausência do tão incensado *pacto federativo*, vale dizer *um pacto em que as regras sejam efetivamente cumpridas*²⁹.

Observa-se que desde o final da ditadura militar em 1985, com o advento da chamada Nova República e, de modo especial, com a promulgação da Constituição de 1988, criou-se uma expectativa muito grande em termos de uma efetiva descentralização política na organização política do Estado brasileiro, o que, formalmente, foi plenamente contemplado no texto constitucional.

Mas aspectos culturais e costumes arraigados ao longo de dezenas de anos findaram por exibir, assim, entraves bastante naturais ao atendimento relativamente às expectativas – que mesmo atualmente seguem frustradas – ligadas ao implemento do chamado pacto federativo. Pontuando esta questão, um conhecido estudioso desse tema chegou a declarar que este pacto não é cumprido porque *a Nova República brasileira apresentou um debate político de baixo conteúdo filosófico*³⁰.

²⁷ Neste sentido : HORTA, Raul Machado. *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*, UNMG : Belo Horizonte, 1990, p. 30; RAMOS, *op. cit.*, p. 270; FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Forense : Rio de Janeiro, 1958, p. 163; Osvaldo Trigueiro, *apud* SARAIVA, Paulo Lopo. *Federalismo regional*, Saraiva : São Paulo, 1978, p. 58. Nesta última obra, SARAIVA ainda cita manifestação do senador potiguar Dinarte Mariz, já em 1971, que bem traduz o sentimento do assistencialismo dos representantes dos estados-membros, ou pelo menos de alguns deles : “É preciso que o Governo federal tome de quem tem para dar a quem não tem, em vez de dar a quem tem para escravizar a quem não tem”;

²⁸ Gustavo Loyola, *Questão bancos estaduais e perspectivas do setor*, Comunicado interno do Banco Central em 1993, *apud* CASTRO, Marcus Faro de. *Considerações preliminares sobre o federalismo e política econômica no Brasil após 1980*, Conselho Brasileiro de Relações Internacionais : São Paulo, 1997, p. 64;

²⁹ CASTRO, *op. cit.*, p. 67;

³⁰ Wayne Selcher, *apud* RAMOS, *op. cit.*, p. 270;

Muito embora se fale bastante a respeito do tema federalismo no Brasil atual, com o aparecimento de otimistas falando em *reedificação da república federal*³¹, outros pugnando a volta da “*política de governadores*”³² e o governo federal esforçando-se em comprovar que luta pela autonomia dos estados-membros e que o *Estado precisa conviver com formas descentralizadas de governo*³³, não se tem ainda uma idéia clara sobre o que de fato irá ocorrer.

O tema do momento parece ser o que alguns denominam *excesso de poder dos municípios* que gerou, juntamente com o endividamento notoriamente exacerbado dos estados-membros, a conturbada promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal no Congresso Nacional no ano 2000.

Falar em poder municipal ou, em melhor construção, em poder para os municípios, é adentrar em tópicos como descentralização e regionalização do Poder Estatal, itens da máxima importância. Objeto de intensos debates, a descentralização do poder Estatal, especialmente no que concerne aos municípios, é matéria sempre em pauta nas discussões constitucionais.

O Brasil, muito embora sofra críticas rigorosas por seu estruturamento quanto à concessão de um poder e de uma autonomia quase inéditas aos municípios – excetuando-se apenas a Suíça e a Alemanha, sendo que esta última, além de conferir um grande poder aos seus municípios, criou as chamadas *microregiões municipais*, espécie de associação de municípios³⁴ – anda numa forma de vanguarda no trato do tema, uma vez que a tendência mundial atual, especialmente na Europa, é a valorização da localidade, da pequena esfera, da comunidade local e da aplicação da idéia contida na Encíclica *Quarentesimo anno*, em que Pio XI diz: “*Aquilo que puder ser feito por uma entidade menor não deve ser atribuído a uma entidade maior*”.

A exemplo do quanto já se comentou acima sobre o peso dos aspectos culturais, tradicionais, de costumes e hábitos desenvolvidos ao longo de anos a fio, também aqui, ao abordamos o município, tal aspecto poderia ser negligenciado. Hoje o município é parte integrante de nossa federação, é ente político autônomo, mas, como a lógica faz supor, sua localização na organização estatal brasileira, até 1988, era extremamente acanhada, para não dizer quase inexistente.

O império português, centralizador por sua própria natureza, não poderia mesmo conceber autonomia municipal e menos ainda concordar que esta pudesse redundar em transferência de poder estatal central para essas unidades comunais, muito embora a vinda da família real portuguesa ao Brasil para fixar residência tenha trazido certo arejamento à questão e ensejado, ainda, a constituição de certos poderes

³¹ HORTA, *op. cit.*, p. 361;

³² CASTRO, *op. cit.*, p. 67;

³³ FERREIRA, Aloysio Nunes. Secretário Geral da Presidência, in “O Globo”, dia 01/05/00;

³⁴ LÄSSING, Horts. *O papel da esfera municipal no modelo federativo alemão*, Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung : São Paulo, 1995, pp. 49-53;

no município, poderes estes que, contudo, acabaram por se estabelecer muito mais pela ausência do poder central, do que por um real ou concreto estímulo à autonomia municipal.

Pode-se afirmar, assim, que a Constituição de 1988 se ombreou às disposições mais avançadas no trato do município, inserindo como membro efetivo, independente, autônomo, com competências próprias, portanto, mas o suporte social, político e cultural à estas avançadas previsões não foi levado em conta e, quando se observa uma centralização do poder central e uma dependência do município frente a este poder – havendo mesmo municípios total e absolutamente dependentes desse poder central – constata-se haver ainda um largo trecho para ser caminhado a fim de verter a positivação formal para a prática.

Mesmo no campo formal há entraves relevantes.

Desse modo, como em relação a outros tantos assuntos referentes ao Estado Brasileiro, adotou-se determinados princípios para o tema em análise, notadamente o da valorização do município e o que pugna pela *solução local para as problemáticas locais*, mas ao mesmo tempo, não se concedeu, de fato, poder aos municípios para que legissem, por exemplo, sobre as matérias mais relevantes, restando-lhe apenas e de forma genérica, tal como ocorre com os estados membros, *legislar sobre assuntos de interesse local* (art. 30, inciso I, Constituição Federal), em oposição a grande amplitude legislativa conferida à União (art. 22, inciso I, Constituição Federal).

Destarte, a descentralização de poder estatal é princípio norteador do texto constitucional como um todo (art. 3º, inciso III, Constituição Federal), mas as ferramentas e as previsões do mesmo texto constitucional, não acompanham esse propósito de forma ideal ou pelo menos satisfatória.

Unindo as carências culturais, cultura política e social, com algumas falhas formais, como acima comentamos, observa-se um resultado final não exatamente desalentador, mas que exhibe um largo trajeto a ser transposto. Desse modo, parece que a efetividade real do tão incensado pacto federativo, demanda ainda muitos esforços e ajustes, a fim de alcançar um ponto interessante de aplicabilidade.

Saindo com o nosso foco analítico do Brasil e nos dirigindo para o panorama mundial no tema tratado, poderíamos sofrer a tentação de se circunscrever as críticas a uma eventual má utilização do sistema federativo ao caso do Estado Brasileiro apenas. Todavia, se vê que, em verdade, o federalismo como forma de Estado encontra-se numa crise, de proporções internacionais, cujo desenlace é difícil prever.

4 PANORAMA ATUAL DO FEDERALISMO

O que se observa no mundo contemporâneo, em relação ao federalismo é, em verdade, algo dúbio. De um lado temos a constatação de problemas concretos, problemas de aplicação dos ideais federais, indicando a crise de que se falou. De outro lado, há um sincero e não menos concreto movimento pela revalorização do federalismo e, o que é ainda mais interessante, inserido num contexto de vivência destes ideais de uma forma diferente, rompendo com algumas características tradicionais.

Tocqueville já dizia que o sistema federativo não estava ao alcance de todos os povos, sendo seu sucesso em solo norte-americano creditável a traços particulares daquele povo³⁵, mas, e daí surgem indagações de grande importância, isso se verifica ainda hoje? Os EUA vivem num sistema federativo de fato? Há descentralização do poder Estatal? Um dos mais autorizados constitucionalistas americanos da atualidade, diz, sem rodeios, que:

a União Americana, hoje, não se baseia numa divisão de soberania entre iguais governamentais. Em vez disto, caracteriza-se pelo predomínio do poder federal sobre o poder estadual. Não existe mais uma área exclusiva de autoridade estadual sobre o comércio dentro da qual a autoridade federal não possa ser exercida³⁶.

Os efeitos do *New Deal*, a centralização e o intervencionismo daí decorrentes, segundo referências feitas ainda há pouco, seguem com bastante força, algo especialmente majorado com a posição preservacionista de um dado rol de valores em escala mundial pelos mesmos EUA e a recente guerra contra o terrorismo. De todo modo, há um dado interessante nessa questão e este indica que o berço do federalismo já não o aplica com um de seus caracteres mais marcantes, justamente a descentralização estatal e o respeito à autonomia dos estados-membros.

Voltamos ao início deste trabalho quando indicamos a flexibilidade como uma característica marcante do federalismo e o caso suíço como paradigmático dessa flexibilidade. Mas, essa capacidade de se adaptar aos mais diferentes casos ao redor do mundo, também lança por sobre o sistema federativo não somente as áreas citadas, mas também dúvidas e questões, tais como: algo que se modifica com tanta facilidade e conveniência dos povos de cada nação, pode ser visto como um modelo com caracteres preponderantes – ao menos preponderantes – que possam indicá-lo como uma forma estatal de fato, ou o que vemos hoje já não é mais federalismo mas

³⁵ TOCQUEVILLE, *op. cit.*, pp. 184-187. Textualmente, diz o autor francês: "A Constituição dos Estados Unidos é uma das grandes criações da humanidade que cobre de glória os seus inventores mas que se torna estéril nas mãos dos outros".

³⁶ SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 36;

algo meramente nele inspirado? Ou, ainda e em termos mais diretos, o federalismo é flexível ou é volúvel?

De outro lado e ao redor do mundo, o que se viu nos últimos quinze ou vinte anos foi o esfaçelamento de vários estados federativos, fato que se contradiz frontalmente com as necessidades de coesão hoje pugnadas mundialmente. Num momento em que os países buscam a formação de blocos regionais – que futuramente poderiam mesmo formar o tão almejado *federalismo internacional*³⁷ – por quê vemos tantas nações caminharem na contra-mão desse movimento, promovendo divisões internas? Os exemplos no sentido proposto são marcantes:

a) Ruanda – um país africano extremamente pobre, envolveu-se numa das mais sangrentas *guerras étnicas*, denominação nova para este tipo de conflito, levando à morte mais de 500.000 pessoas das etnias tutsi e hutu que, muito embora tenham combatido entre si, coabitavam e efetivamente formavam uma só nação. Em tese, os tutsis e os hutus “deveriam” ter se unido para superar suas condições de miserabilidade, mas não foi o que ocorreu;

b) USSR – federação estável, antigo, influente e respeitado membro do antigo G-7 (atual G-8), hoje integrante do bloco como convidado, estabelecia polarização de forças com os EUA. Era, inegavelmente, uma nação poderosa. Mesmo assim, promoveu ou viu-se envolvida numa série de secessões que, dada sua magnitude, mostrou-se incontrolável;

c) Tchecoslováquia – este país se seccionou em 1993, nada obstante fosse uma respeitada nação do leste europeu, de muito prestígio técnico e intelectual. Tais fatores, porém, não conseguiram impedir a secessão ocorrida;

d) Espanha – durante muito tempo, a Espanha viveu sob um estado unitário e bastante centralizado. Apenas em 1978, com a Constituição Federal então promulgada, houve a implementação dos ideais federais e da descentralização daí correspondente. De todo modo, o fato relevante é que os espanhóis permanecem íntegros com sua unidade estatal, mas o País Basco, muito embora faça parte do Estado Espanhol, uma nação de ao menos razoável desenvolvimento, com significativa participação no mercado mundial de telefonia e finanças, mesmo assim, os bascos, através do ETA promovem há décadas uma luta violenta com o Estado Espanhol – violência objeto de uma trégua em 2005, rompida em 2006 – buscando exatamente dele se retirarem.

Há, assim, outros elementos a serem considerados.

No caso do continente africano, local onde nos deparamos com situações extremadas, por vezes desesperadoras, a divisão geográfica artificial promovida pelos europeus, dividindo o continente segundo seus interesses colonialistas, mostra, neste

³⁷ RUSSOMANO, *op. cit.*, p. 21;

primeiro exemplo, que necessidade (fome, miséria), desenvolvimento e integração (formação de blocos ou, pelo menos de nações coesas para relações comerciais internacionais) não foram argumentos suficientes para, por exemplo, manter Ruanda unida.

O ajuntamento de comunidades tradicionalmente antagônicas entre si, de etnias com um histórico de conflitos, findou por criar um clima de animosidade que a convivência forçada só fez piorar, muito embora tais povos juntos tivessem melhores chances de sucesso em direção ao progresso de um modo geral. Contudo, além dos aspectos particulares do caso ruandês, em face dos demais acima citados, fica a dúvida: que tipo de conclusão podemos retirar desse panorama mundial e dos exemplos acima citados?

Num primeiro aspecto, itens como paz social, desenvolvimento, poder internacional e unidade, possuem um peso bastante relativo em oposição a outros que, no passado, não eram tidos como essenciais, tais como traços culturais comuns, desejo por uma nação identificada com sua base humana (povo) e desejo por liberdade no sentido mais amplo a ser considerado.

A cultura, a formação do povo, a língua, os costumes e mais os itens acima mencionados, que sempre tiveram importância, é certo, mas jamais foram vistos como algo tão fundamental, agora se apresentam, determinando, como se viu, a existência ou a inexistência de um Estado em sua unidade.

Neste ponto, podemos ingressar na parte final deste tópico, momento em que poderemos analisar o futuro do federalismo – aliás, se há um futuro e que futuro pode ser esse – bem como o tipo de contribuição ou efeito, de consequência, de manifestação se poderá observar em face ou por conta do federalismo.

Falar de federalismo e falar de futuro, significa falar do futuro do Estado e da sociedade. Para podermos inserir essa idéia de progressão, até mesmo de raciocínio por epítrope ou hipotético, devemos inserir, ao menos incidentalmente, o papel da globalização neste cenário. Trataremos da globalização em tópico apartado neste estudo, mas não há como avançar em nossa análise sobre o federalismo, sem levar em conta, como dito, ao menos de modo incidental, tal manifestação social contemporânea.

Não se pode negar a influência dessa nova força também sobre o federalismo, forçando tal sistema a adaptar-se de tal modo a condições de tal modo novas e inusitadas, que hoje se mostra difícil prever que perfil irá adquirir o federalismo no século XXI. Podemos trazer alguns elementos para a análise, o que faremos, mas indicar com alguma precisão o modelo a ser encontrado futuramente, é hoje uma temeridade.

A globalização vem exercendo sensíveis mudanças nos Estados, notadamente do chamado Terceiro Mundo, o das chamadas Nações ou Estados em desenvolvimento, sendo que tais nações hoje se vêem obrigadas a tomar assento numa roda-viva financeira internacional para atração de investimentos, já que tais recursos são fundamentais para o aprofundamento de seu nível de desenvolvimento ou mesmo para manutenção da infraestrutura já implantada.

Na verdade os recursos financeiros são igualmente essenciais a esses países como forma de inserção num modelo previamente ajustado pelas nações mais desenvolvidas.

O movimento de mundialização dos capitais, das inversões e investimentos, já há algum tempo vinha opondo nações, muito embora essa oposição tenha alcançado níveis inimagináveis na atualidade. Claro que as nações, especialmente aquelas em desenvolvimento, sempre disputaram espaço, entendendo-se aí espaço econômico que denote percepção de poder na esfera mundial.

O fato novíssimo é, por um lado, a divergência entre estados-membros de uma mesma nação para atrair recursos, capital, empregos, empresas e investimentos em geral para suas bases territoriais específicas e, por outro, o embate entre nações numa proporção, forma e intensidade não antes observada.

A globalização, portanto, trouxe a estes países um color diferenciado na antiga disputa, uma agressividade e uma idéia de premência no que tange à necessidade de desenvolver-se – às custas dos investimentos privados internacionais – praticamente incontornável³⁸.

Um exemplo pode ilustrar bem o que comentamos.

Num passado não tão-distante, no Brasil, se pôde observar os efeitos da chamada *guerra fiscal*, um embate de tarifas e alíquotas tributárias de que foram protagonistas alguns estados-membros da federação, no caso Rio Grande do Sul e Bahia (posteriormente também São Paulo), disputando entre si pela instalação de uma unidade fabril da montadora automobilística norte-americana Ford.

Esta empresa foi literalmente “disputada” pelos estados acima citados e, caso nenhum deles se curvasse às suas exigências, poderia ter sua unidade fabril instalada na Argentina que, durante o processo decisório brasileiro, de forma declarada e sem qualquer constrangimento, pronunciou-se afirmando que *cobriria a oferta brasileira*.

³⁸ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*, Malheiros : São Paulo, 1999, p. 52, em que se lê : “(...) a globalização econômica é um fenômeno altamente seletivo, contraditório e paradoxal, jamais podendo ser tomado como sinônimo de universalização no que se refere, por exemplo, à partilha equitativa de seus resultados materiais e ao acesso de todos ao que é comum.”; Ver também, neste mesmo sentido, HABERMAS, Jürgen. *O estado-nação europeu frente aos desafios da globalização*, in “*Novos Estudos*”, nº 43, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento : São Paulo, 1995, pp. 87-100;

O resultado é conhecido: a Ford instalou-se na Bahia com isenção de tributos, estaduais e federais por 10 anos, recebeu o local físico da unidade (terreno) como doação e ainda amealhou um financiamento de R\$ 700.000.000,00 do Governo Federal, via BNDES. Principalmente no tocante aos tributos, já nem se discute mais sua isenção como parte do pacote de incentivos ofertado pelo país que pretenda atrair investimentos similares ao da Ford, e isso se dá de tal modo que, *numa situação extrema, os Estados chegam ao ponto de não mais conseguirem estabelecer os tributos a serem aplicados sobre a riqueza – esta é que, transnacionalizando-se, passa a escolher onde pagá-los*³⁹.

Ou seja, uma multinacional poderosa e com um faturamento superior ao PIB de várias nações, condiciona sua instalação neste ou naquele local ao fornecimento de todos os subsídios necessários à exploração desse negócio, gerando a edificação de uma unidade fabril que, sem qualquer exagero, nada lhe custará em termos de investimento ou imobilização de capital.

Mais do que vantajoso para a corporação transnacional, o momento atual mostra a voracidade com que nações em desenvolvimento, e seus próprios estados-membros, aquiescem com as condições a elas impostas, promovendo um verdadeiro leilão entre si, cada qual tratando de ofertar esta ou aquela vantagem extra ou diferenciada em relação à outra.

Desse movimento, resulta uma nova força de dissociação no seio destes países, forçando a integridade do Estado Federal neles existente, bem como promovendo um embate entre nações que põe em cheque a existência dos blocos regionais, vistos como fundamentais para o desenvolvimento desses povos.

Como o sistema federativo irá se comportar diante deste novo quadro é, hoje, arriscado prever. O que se pode afirmar é que o federalismo ainda permanece com sua posição hegemônica como forma de Estado, mas modificando-se numa forma e velocidade tais, que se poderá daí vislumbrar – quem sabe – até mesmo uma forma de Estado com elementos federativos, calçada porém em novas bases.

Neste sentido, no âmbito dessa análise sobre o futuro do federalismo, a Europa é um exemplo praticamente paradigmático, pois vive uma realidade com forças conflitantes entre si no que toca à obtenção de uma unidade, mas tais forças são bem conhecidas e estão, ao menos razoavelmente, sob controle, sendo ainda de bom tom frisar que a questão federativa anda em alta na Europa, certamente prestigiada pela unificação dos países via União Européia, levando alguns doutrinadores e estudiosos do tema a fazerem reviver os tempos de um entusiasmo digno de Tocqueville sobre o

³⁹ FARIA, *op. cit.*, p. 23; Com um aprofundamento maior no aspecto não só da problemática dos tributos anteriormente citada mas, também, da fragilização do Estado ante o capital transnacional de um modo geral, ver BRUNHOFF, Suzanne de. *Estado e capital : uma análise da política econômica*, Forense Universitária : Rio de Janeiro, 1985, pp. 149-155;

modelo federal como via a ser adotada não apenas pela Europa, mas por todas as nações. Justamente por isso dissemos no início desse texto estar ocorrendo uma espécie de retorno do federalismo como meio ideal para a vivência democrática moderna ocidental⁴⁰.

Há um entendimento que se torna no mínimo relevante para uma análise doutrinária que acredita ser a atual União Européia o embrião de um futuro estado federal. Alguns autores e estudiosos europeus, assim, alegam que:

a própria inclusão do princípio da subsidiariedade no Tratado de Maastricht e as subseqüentes tentativas de aplicá-lo e fazê-lo prevalecer no sem-número de decisões isoladas do dia-a-dia, acaba nos levando a concluir que a UE representa um ente quase federativo⁴¹.

O interessante a ser observado é que a valorização do federalismo não se volta à sua aplicação clássica, original, mas com modificações que o tornem apto a lidar com um novo panorama mundial, o torne capaz de lidar de modo eficaz com desafios de um mundo bem diverso do final do século XVIII, momento de sua criação como forma de Estado.

Bem por isso, o ministro das relações exteriores alemão, J. Fischer, em maio de 2000, proferiu palestra na Universidade Humboldt, em Berlim, e ali afirmou que a *criação de uma federação européia deve ser uma meta, mas isto não se trata, de modo algum, da adoção de um modelo de estado federal clássico, mas de um tipo sui generis de configuração e ordenamento*⁴².

⁴⁰ "O movimento de descentralização, de regionalização, inscreve-se numa vasta corrente federativa que, sob diversas formas e em condições diferentes, se expande pelo mundo. O êxito de certas experiências mais antigas dos Estados Unidos da América ou da Confederação Helvética não é alheio a este fato. Porém, é sobretudo a originalidade da experiência em pleno desenvolvimento, a dinâmica e a promessa de uma federação à escala européia, que constituem simultaneamente o ponto de referência e o pólo de atração na hora atual. Está prestes a nascer uma nova dinâmica federalista que, ultrapassando os limites da organização governamental, atrairá para a sua esteira as práticas de organização da vida social. A revolução federalista começou", SIDJANSKI, Dusan. *O futuro federalista da Europa*, Lisboa : Gradiva, 1996, p. 197. Na mesma obra em destaque, na p. 199, o autor enfrenta a questão da alegada perda de identidade e falência cultural que a União Européia traria com a tendência de se criar uma federação de estados com busca constantes de coesão : "As exigências econômicas e sociais, a concorrência internacional, bem como a transformação brusca dos países socialistas e das relações de força no mundo, tudo convida a um reforço do pólo de atração comunitário, núcleo sólido e central da união e da nova configuração de toda a Europa. Estes argumentos impõem-se com tanto mais vigor quanto, evidentemente, o argumento da identidade nacional se revela capcioso. Com efeito, hoje em dia são raras as pessoas que apóiam ou se protegem por trás da idéia segundo a qual a união européia seria o toque de finados da identidade nacional. A união na diversidade, é este o princípio que anima o processo de formação da Comunidade Européia, a exemplo da experiência vivida pelos cantões suíços";

⁴¹ HRBEK, Rudolf. *Federalismo e processo de integração na Europa*, in "Federalismo na Alemanha e no Brasil", Orgs. Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasileiro Carneiro, Série Debates, nº 22, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung : São Paulo, 1998, p. 118;

⁴² *apud* HRBEK, *op. cit.*, p. 118. Um autor brasileiro frisa o aspecto ora destacado de forma mais completa : "O dinamismo econômico e social das sociedades modernas sugere insistentemente que a melhor maneira de manter junta e eficiente uma unidade federada é flexibilizando suas regras e instituições, formalizando mecanismos de discussão permanente da divisão dos recursos e funções, e multiplicando os métodos regionais de coordenação. Formas de impedir rigidez ou processos de esclerosamento dos princípios e práticas fundamentais para a manutenção da solidariedade. É isso ainda mais fortemente naqueles países de formação recente ou em qualquer local onde as populações não tenham sido homogeneizadas por fortes laços nacionais consolidados antes mesmo da formação dos estados nacionais correspondentes" FIORI, José Luís. *O federalismo diante do desafio da globalização*, in "A federação em perspectiva : ensaios selecionadas", Orgs. Rui Brito Álvares Afonso e Pedro Luiz Barros Silva, FUNDAP : São Paulo, 1996, p. 26;

A tendência em estudo, ou seja, uma espécie de repaginação do federalismo na atualidade, mostra ser algo não adstrito ao campo teórico-doutrinário apenas, mas algo que já exhibe casos ou exemplos palpáveis e concretos:

Bélgica: estado centralizado que foi se descentralizando de modo contínuo e crescente, desaguando na feitura de uma Constituição Federal, portanto organizando um Estado Federal, em 1994;

Espanha: também um Estado bastante atomizado até o fim do autoritarismo franquista, vem sofrendo um processo de descentralização do poder através da regionalização do Estado. Com a Constituição Federal espanhola de 1978, esse processo se aprofundou e evoluiu, não chegando a ser um modelo de Estado Federal como o alemão, por exemplo, mas, apresentando inegável e constante tendência à descentralização do poder estatal com uma valorização das regiões;

Itália: notório exemplo de dificuldades na composição territorial, a Itália, através de movimentos como a Liga do Norte, está sendo obrigada a repensar sua estrutura territorial, tornando-a mais adequada à sua realidade, situação que levará, quase que certamente, a algum tipo de descentralização do poder estatal, talvez até mesmo algo com cunho federalista;

França: o Estado Francês sempre foi um exemplo clássico de centralidade estatal com valorização das realidades regionais, mas assim sendo muito mais com base em sua cultura e costumes do que via previsão constitucional. Contudo, desde 1982, iniciou-se uma política mais concreta de descentralização baseada em regiões, criadas como entes intermediários entre o poder central e os tradicionais departamentos e municípios⁴³;

Países do Leste – Europa Oriental: República Tcheca, Polônia e Hungria são alguns dos países da Europa Oriental que criaram, recentemente, entidades subnacionais, seja por decorrência de um projeto histórico em si mesmo, seja pela vontade destas nações em promover e constituir estruturas democráticas de Estado, seja, por fim, porque uma estrutura estatal mais descentralizada se apresenta, especificamente para estes países, como uma espécie de pré-requisito para suas inclusões no espírito de coesão atualmente vigente na UE;

Alemanha: o Estado alemão é um exemplo clássico e, ao lado da Suíça, paradigmático de estrutura federal bastante descentralizada, inclusive pela existência de órgãos únicos de representação popular, como o *bundestag* e o *bundesrat*⁴⁴. Na

⁴³ Exemplos retirados de HRBEK, *op. cit.*, p. 110;

⁴⁴ A Alemanha possui uma estrutura de poder estatal bastante particularizada e ao mesmo tempo tradicional. Um estudioso do tema assim a comenta : "en la organización parlamentaria de Alemania, el Bundestag, es una de las dos cámaras mediante la cual desarrolla su actividad, conjuntamente con el Bundesrat. La primera es una asamblea parlamentaria de diputados electos por el pueblo y defensora de sus intereses, en cambio la segunda es una cámara representante de los 16 länder (estados federados), la cual contribuye a las tareas legislativas y administrativas del Estado (...). El Bundesrat es un organismo parlamentario sui generis de larga tradición en este país. Se considera como la Cámara de representación territorial con función típicamente federativa, a través de la cual participan los

Alemanha já há uma discussão do que poderíamos chamar de um segundo grau dentro do federalismo, com estados-membros pleiteando mais autonomia, além das regiões se mostrarem com força suficiente para pleitearem espaço como atores federativos autônomos, já envolvidas nas chamadas Comissões de Regiões, desde 1993⁴⁵;

Rússia: originada ela própria de um processo de separação ou secessão da antiga URSS, a Rússia hoje se mostra, no âmbito da descentralização aqui destacada, numa situação dúbia, pois, muito embora tenha adotado a postura de conferir autonomia às suas regiões e de permitir a independência de algumas delas – que até poderia ter mantido pela força, como é o caso concreto de sua postura em relação à Tchetchênia – a Rússia caminha por uma linha tênue no que se refere a sua própria descentralização, desejando-a, mas lutando para que o processo autônomico não signifique incremento no risco de secessão, criação de oligarquias locais e privatização ou regionalização excessiva da segurança⁴⁶;

Suíça: como dissemos acima, a Suíça é um exemplo lapidar e referencial dentro do universo do federalismo. Desde 1291, ou seja, desde seu primeiro pacto de fundação, toda a história suíça tem girado em torno de distintos instrumentos para convivência comum, que sempre respeitaram de forma escrupulosa a intensa diversidade dos suíços, com nada menos que quatro línguas oficiais, o que implica reconhecer, no mínimo, quatro culturas diferentes, convivendo num espaço geográfico relativamente reduzido. O clima federalista atualmente existente na Europa, portanto, não é novidade para os suíços⁴⁷;

Portugal: o caso português é bastante interessante, até mesmo por seus notórios pontos em comum com o próprio Estado Brasileiro. Nesse sentido, Jorge Miranda afirma que Portugal tem uma história constitucional *formada por rupturas (...) à semelhança dos países latino-americanos*⁴⁸.

A peculiaridade da forma do Estado português se deixa ver logo no artigo 6º, nº 1, de sua Constituição, em que aquele se declara *unitário*, porém *“respeita na sua organização os princípios da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública”*.

Estados federados (Länder), en el proceso legislativo y en la administración de la federación. La integran representantes de los gobiernos de estos Estados que son los que designan y pueden revocar a los integrantes del Bundesrat, los cuales poseen un número determinado de votos en la escala de tres a seis, de acuerdo con el número de habitantes que tiene cada uno de los Estados que los nombra, haciendo un total de 68 votos. Los miembros del Bundesrat tienen que dar un consentimiento expreso a las leyes aprobadas por el Bundestag, en los casos en los que los Estados federados pueden ver afectados sus intereses, lo que puede dar lugar a un veto absoluto, en la eventualidad de que no se estuviera de acuerdo con el Consejo Federal” VALENZUELA, Francisco Berlín. *Derecho Parlamentario*, p. 87, Ciudad de México : Fondo de Cultura Económica, 1993;

⁴⁵ Exemplos retirados de HRBEK, *op. cit.*, p. 110;

⁴⁶ SERGUNIN, Alexander. *As regiões contra o centro : sua influência sobre a política externa russa*, in “A Rússia no início da Era Putin”, Cadernos Adenauer, nº 5, São Paulo : Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, 2000, p. 81.

⁴⁷ KOLLER, Arnold. *Federalismo en un mundo en evolución, aprender unos de otros*, in “http://mp3.swissinfo.org/es/inside/print/2002/temas_print/estem082002p.html”;

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 244/245, Coimbra : Coimbra Editora, 1990;

Ao unirmos essa situação com as previsões para o poder central repartido com os demais entes estatais, ou seja, regiões autônomas (arts. 227 a 236), freguesias (arts. 245 a 248), municípios (arts. 249 a 255) e região administrativa (arts. 256 a 262), vemos que Portugal se põe, à semelhança e Itália e Espanha, como um Estado Unitário Descentralizado, o que finda por gerar efeitos bastante semelhantes aos obtidos num ambiente estatal federalizado.

É ainda digno de nota registrar a criação, no mesmo texto constitucional português em destaque, das *organizações populares de base territorial* (arts. 263 a 265) cujo objetivo mostra-se em sintonia com o chamado reavivamento do federalismo na Europa, uma vez que seu objetivo expresso é o de “*intensificar a participação das populações na vida administrativa local*” (art. 263, 1), o que, por mais esse aspecto, coloca Portugal em sintonia com o ambiente de valorização da comunidade e do município em voga na Europa, como aqui tratamos.

Como item adicional ao que acima se expôs, já há, ainda que de modo restrito e somente em âmbito acadêmico-científico, uma corrente de pensadores europeus que defende até mesmo a adoção de um texto escrito de caráter supranacional para a Europa, uma espécie de Constituição da União Européia, como forma de melhor contemplar as diversidades apontadas e conferir maior segurança à federação. Há autores de destaque apontando esta direção:

Para assegurar a transparência da União, seria provavelmente indispensável codificar o conjunto de textos que a regulamentam, distinguindo os seus elementos propriamente constituintes dos que correspondem a leis orgânicas ou ordinárias, e mesmo a regulamentos de aplicação. Os primeiros poderiam ser sintetizados sob a forma de uma Constituição clara, que seria submetida ao Conselho Europeu e ao Parlamento para verificar se estava conforme aos tratados que deveriam ser rigorosamente interpretados⁴⁹

A tendência notada na Europa pode ser, portanto, adotada como uma forma de não somente reagir ao movimento da globalização, tão-somente, mas de aceitá-lo e dele extrair algo mais equilibrado e coerente com os próprios valores que ele se dedica a defender e propagar, como liberdade, união dos povos, fim da pobreza e principalmente a de que a globalização é um fenômeno democrático e promotor da democracia.

Impende ainda relembrar a natureza dos modelos jurídicos postos como opções ao modelo vigente, aqueles, de forma unânime, colocam a negociação direta, a barganha, os acordos e as negociações como meio de vivenciar uma nova realidade jurídica, situação que só poderá ser obtida com a outorga ou exercício de poder a atores sociais que antes não o detinha (ONG's, OCIP's, sociedade organizada,

⁴⁹ DUVERGER, Maurice. *A Europa dos cidadãos : uma metamorfose inacabada*, p. 96, Lisboa : Asa Literatura, 1999;

associações, etc.) e estes, invariavelmente, estão ligados ou diretamente às localidades e suas peculiaridades ou, no mínimo, a uma maior valorização das situações peculiares apresentadas, ponto de difícil abordagem pelo direito autônomo.

Justamente no seio desse federalismo renovado, surge com força igualmente renovada a valorização do município, da localidade. Curiosamente, parece que estamos experimentando um retorno ao ambiente pós-feudalismo em que as comunidades criadas no seio do que só mais tarde se tornaria o município, eram auto-normativas e ao mesmo tempo livres nesse processo próprio de aplicação do direito na busca da justiça.

Essa retomada, ao menos pelo até agora apresentado, propõe a si mesma numa abordagem ampla, atingindo inclusive o exercício do próprio direito, a produção legislativa e até mesmo a vivência da democracia o mais proximamente possível do município:

Na gestão de problemas sociais e econômicos, caso se intensificar o comando descentralizado da política e da administração urbana, será preciso encontrar instrumentos para gerir os riscos sociais (renda e condições de vida dos cidadãos). Será necessária a mediação de conflitos pelo município. Tudo isso ainda é incipiente⁵⁰

Fica cada vez mais patenteada a necessidade de transferência de algumas decisões do Estado-nação para o plano regional ou global. A administração monetária, a questão ambiental, a saúde, a regulamentação dos transportes e das comunicações, a dívida externa, os riscos da guerra nuclear, por exemplo, carecem de novos mecanismos democráticos de decisão, que resgatem a relevância de uma concepção ampliada e extra-territorial de cidadania e, conseqüentemente, de aplicação da regra da maioria⁵¹

5 REVALORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO?

A caracterização pendular da história, se verdadeira, pode estar oferecendo uma nova oportunidade para que a liberdade, a autonomia e o auto-governo experimentado pelos grupamentos humanos pós-feudalismo – que, nas vilas e cidades de então, implementavam algo que hoje é inclusive buscado como modelo ideal para regramento humano, a volta ao índice mais básico, o retorno ao trato das questões mais próximas do cidadão como forma de limitação do poder estatal e aproximação do indivíduo dos negócios sociais geridos pelo Estado – foi rigorosamente fundamental e

⁵⁰ DILL, Guenter. *O município em tempos de globalização*, in *"Federalismo na Alemanha e no Brasil"*, Orgs. Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasiense Carneiro, Série Debates, nº 22, São Paulo : Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 223. Prosseguindo no mesmo sentido, o autor destacado ainda afirma na obra acima que "o relatório de Desenvolvimento Mundial 1999/2000, considera que globalização e localização são as tendências dominantes no século 21 (e tendências não apenas dominantes mas irresistíveis) e a própria agenda mundial redigida após o encerramento da Rio-92, incluiu, em seu capítulo 28, a tarefa dos municípios do mundo adotarem uma agenda 21, com metas de sustentabilidade econômica, ecológica e social (...) No contexto da descentralização e devolução de competências surge como questão para o futuro a capacitação dos municípios para novas atribuições econômicas, fiscais e ambientais" pp. 215-216 e 221;

⁵¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*, São Paulo : Max Limonad, 1993, p. 103;

não apenas para alçar o federalismo a uma posição de destaque frente aos sistemas que lhe eram opostos, mas também como célula fundamental da vivência de um direito mais moderno.

O burgo medieval, especialmente aquele existente no declínio do feudalismo, era autonormativo e só conhecia os limites que se auto impunha, numa situação diametralmente oposta àquela verificada no feudo, em que a lei, a ordem e o poder eram enfeixadas de forma rígida e estática na figura única do senhor feudal. Não por outra razão, quando da concepção do estado federalista, foi visto o município como uma unidade fundamental e legítima de exercício de poder estatal a ser considerada de forma real, ainda que limitada em seu autogoverno.

Como um contraponto necessário, devemos aqui destacar que a tendência aqui em trato está ainda longe de ser linear ou de se desenvolver de forma inexorável.

O “não” dado pela Dinamarca em plebiscito para adesão ao Tratado de Maastricht, a resistência da Inglaterra em integrá-lo (o que só fez de forma parcial e sem adotar o Euro como moeda única) e mesmo a situação dos EUA que, após o atentado de 11 de setembro de 2001, abertamente adotaram uma política centralizadora em todos os sentidos, tudo isso mostra que há forças contrárias a essa integração federalista ou, dito de outra forma, a esse projeto e a esse desejo de descentralizar o poder estatal e buscar maior integração entre as nações com essa estrutura organizacional de poder menos atomizada.

Surge neste contexto, ainda mais, a crise financeira de 2008, que atingiu especialmente os EUA, mas também da Europa, crise esta que de alguma forma transmutou-se num outro cenário crítico, desta vez de índole econômica e produtiva, para lançar especialmente a Europa num de seus piores cenários sociais desde a 2ª. Grande Guerra.

Ao lado de itens afetos à qualquer crise econômica, como baixa atividade empresarial, desemprego, inadimplência e cortes em programas sociais, a crise europeia atual tem por traço marcante, e peculiar, a falta de horizontes, a desesperança e a falta de confiança no futuro.

Com 22,9% e 13,2% de desemprego na camada mais jovem de suas populações, respectivamente para Espanha e Portugal⁵², por exemplo, se vêem com pouquíssimas opções, baixo empreendedorismo, retração de investimentos e, como dissemos, uma quase ausência de horizontes aos que iniciam sua jornada no mercado de trabalho, a juventude.

⁵² Disponível em <http://www.esquerda.net/artigo/portugal-e-espanha-s%C3%A3o-os-pa%C3%ADses-da-ocde-onde-o-desemprego-mais-aumenta>, acesso em 17 de janeiro de 2012. Num outro dado bastante interessante por seu conteúdo revelador, observamos que “em Portugal, 130 empresas da construção civil faliram em 2011”, disponível em <http://www.abola.pt/mundos/ver.aspx?id=317374>, acesso em 23 de fevereiro de 2012.

No entanto, são em momentos de crise que as oportunidades de mudança real vicejam com mais força. A situação atual, notadamente no chamado mundo desenvolvido, é de indefinição. Seria a valorização do município um caminho viável para a superação desse quadro? Ou, ao revés, assistiremos a um recrudescimento da centralização estatal tão presente no passado?

Sem embargo de tal contraponto, e como pudemos ver pela manifestação de diversos autores citados ao longo desse estudo, inclusão parece ser uma idéia apropriada quando imaginamos que modelo jurídico buscamos para o século XXI, fazendo com que nos afastemos do formalismo adotado para a promoção e implementação do justo, afinal:

Se se trata de criar um espaço público, num mundo globalizado e complexo, as vozes a serem escutadas não podem ficar restritas a uma representação formal dos governos. Certamente, o maior desafio para conseguir uma autêntica democratização da política internacional consiste em produzir um espaço público de acesso relativamente irrestrito e com capacidade real de influir no processo decisório sobre questões globais⁵³

Acreditar em autonormatividade numa sociedade complexa como a atual, seria um idealismo excessivo e até pernicioso, resgatar, no entanto, uma proximidade do direito com sua base humana mais elementar, pode significar uma inclusão de mais vozes em seu exercício, bem como criar uma real possibilidade, via edificação de um ambiente propício para tanto, de uma postura mais inclusiva, que possa fazer possível o nascimento de um novo direito, não necessariamente uma manifestação dos modelos alternativos já mencionados, mas, certamente, algo distinto do que conhecemos hoje.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMATO, Giuliano. *Forme di stato e forme di governo*, Bologna : Il Mulino, 1984.

BRUNHOFF, Suzanne de. *Estado e capital : uma análise da política econômica*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1985.

CAETANO, Marcelo. *A federação*, Rio de Janeiro : Forense, 1987.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*, São Paulo : Max Limonad, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. *Considerações preliminares sobre o federalismo e política econômica no Brasil após 1980*, São Paulo : Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, 1997.

⁵³ LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia : necessidade de oportunidade de um espaço público transnacional*, in "Revista Brasileira de Ciências Sociais", nº 28, ano 10, julho, 1995, p. 63.

CAVALCANTI, Amaro. *Regimen Federativo e a Republica Brasileira*, Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1900.

CORWIN, Edward. *American constitutional history*, New York : Harper & Row, 1964.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O estado federal*, São Paulo : Ática, 1986.

D'AVILA, Luiz Felipe. *A federação brasileira*, in "Por uma nova federação", Celso Bastos (org.), São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

DILL, Guenter. *O município em tempos de globalização*, in "Federalismo na Alemanha e no Brasil", Orgs. Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasiliense Carneiro, Série Debates, nº 22, São Paulo : Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung.

DUVERGER, Maurice. *A Europa dos cidadãos : uma metamorfose inacabada*, Lisboa : Asa Literatura, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*, São Paulo : Malheiros, 1999.

FERREIRA, Aloysio Nunes. Secretário Geral da Presidência, in "O Globo", dia 01/05/00.

FIORI, José Luís. *O federalismo diante do desafio da globalização*, in "A federação em perspectiva : ensaios selecionadas", Orgs. Rui Brito Álvares Affonso e Pedro Luiz Barros Silva, São Paulo : FUNDAP, 1996.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro : Forense, 1958.

GARCÍA, Alberto Barrena. *El Federalismo en Suiza*, Madrid : Coleccion Instituciones Políticas, 1970.

HABERMAS, Jürgen. *O estado-nação europeu frente aos desafios da globalização*, in "Novos Estudos", São Paulo : Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 1995.

HORTA, Raul Machado. *Perspectivas do federalismo brasileiro*, Belo Horizonte : UNMG, 1990.

_____. Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

HRBEK, Rudolf. *Federalismo e processo de integração na Europa*, in "Federalismo na Alemanha e no Brasil", Orgs. Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasiliense Carneiro, Série Debates, nº 22, São Paulo : Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1998.

KOLLER, Arnold. *Federalismo en un mundo en evolución, aprender unos de otros*, http://mp3.swissinfo.org/es/inside/print/2002/temas_print/estem082002p.html, acessado em 02/02/2007;

LÄSSING, Horts. *O papel da esfera municipal no modelo federativo alemão*, Revista nº 6, São Paulo : Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.

LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia : necessidade de oportunidade de um espaço público transnacional*, in "Revista Brasileira de Ciências Sociais", São Paulo, nº 28, ano 10, julho, 1995.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia : o pluralismo político na constituição de 1988*, São Paulo : EDUSP, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra : Coimbra Editora, 1990.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*, São Paulo : EDUSP, 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O município no sistema constitucional brasileiro*, Belo Horizonte : EDUFMG, 1982.

RUSSOMANO, Rosah. *O princípio do federalismo na constituição brasileira*", Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1965.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Federalismo regional*', São Paulo : Saraiva, 1978.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992.

SERGUNIN, Alexander. *As regiões contra o centro : sua influência sobre a política externa russa*, in "A Rússia no início da Era Putin", Cadernos Adenauer, nº 5, São Paulo : Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, 2000

SIDJANSKI, Dusan. *O futuro federalista da Europa*, Lisboa : Gradiva, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*, São Paulo : Martins Fontes, 1998.

VALENZUELA, Francisco Berlín. *Derecho Parlamentario*, Ciudad de México : Fondo de Cultura Económica, 1993.

PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS, SEUS LIMITES E APLICAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

PRINCIPLE OF FULL REPAIR OF DAMAGES, AND LIMITS ITS LIABILITY APPLICATION IN BRAZILIAN

Daniela Pinto de CARVALHO¹
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

RESUMO: O presente trabalho trata do princípio da reparação integral dos danos, que determina que os danos sofridos, nos casos da responsabilidade civil, sejam reparados em sua integralidade. A primeira parte deste apresenta as distinções existentes entre as duas espécies de normas, que são os princípios e regras, além de buscar definir o conceito de princípios, e como se dá a solução no caso de colisão entre princípios. Já no segundo capítulo tem início a análise do princípio da reparação integral dos danos, situando este na legislação brasileira, e buscando apresentar os seus contornos. Em seguida parte para a análise dos limites deste princípio, como o parágrafo único do artigo 944 do CC02 e a situação do responsável. Por fim, trata da aplicação deste princípio diante da responsabilidade civil contratual e extracontratual, dos danos morais e materiais, e no caso da responsabilidade civil por perda de uma chance.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios, Regras, Responsabilidade Civil, Perda de uma Chance.

ABSTRACT: This article deals with the principle of full compensation for the damage, which states that damages in civil liability cases, be repaired in its entirety. The first part of this presents the distinctions between the two kinds of standards, which are the principles and rules, and seek to define the concept of principles, and how is the solution in case of collision between principles. In the second chapter begins the analysis of the principle of full compensation for the damage, placing it under Brazilian law, and seeking to present their outlines. Next party for the analysis of the limits of this principle, as the sole paragraph of Article 944 of the CC02 and the state of charge. Finally, the application of this principle comes before the contractual and tort liability, moral and material damage, and in the case of liability for loss of a chance.

KEYWORDS: Principle, Rules, Liability, Loss of a Chance.

1 INTRODUÇÃO

O dano, além de ser um dos elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil, juntamente com a conduta (ação ou omissão) e com o nexo de causalidade, representa, na realidade, o seu principal fundamento. Isto decorre da existência do instituto da responsabilidade civil estar intimamente relacionada à busca da reparação dos danos sofridos pelo lesionado, girando em torno deste.

Desta forma, no campo do direito civil, em especial na responsabilidade civil, diferentemente do direito penal no qual a simples conduta tipificada, mesmo que não

¹ Advogada. Mestranda em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Especialista em Direito Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). E-mail: dani_carvalho1986@hotmail.com.

cause dano, leva a sanção criminal, em princípio, se não há dano, não há lugar para a busca da reparação ou indenização.

Definido este primeiro pressuposto, qual seja o de não existir responsabilidade civil sem dano, é essencial o entendimento de que o sistema jurídico da responsabilidade civil, igualmente ao sistema jurídico em geral, é constituído por dois tipos de normas, sendo estas as regras e os princípios.

Dentre os princípios que regem a responsabilidade civil, um dos que se destacam é o da reparação integral dos danos, que foi expressamente consagrado no Código Civil de 2002, além de encontrar guarida na Constituição Federal de 1988. Sendo este princípio o objeto central de estudo do presente trabalho.

Com isso, por meio do presente trabalho buscaremos responder quais são os contornos do princípio da reparação integral dos danos, os seus limites e aplicação no campo da responsabilidade civil.

Buscando analisar cada um desses pontos, este será dividido em quatro capítulos, sendo que no primeiro capítulo será tratada a distinção existente entre as duas espécies de normas, quais sejam as regras e os princípios, com base nos ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Além de apresentar os principais princípios que regem a responsabilidade civil no direito pátrio.

No segundo capítulo será apresentado os contornos do princípio da reparação integral dos danos e o seu conteúdo. No capítulo seguinte, os seus limites, em especial o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002, que prevê influência da graduação da culpa na fixação do valor da reparação dos danos. Incluindo a análise da situação do responsável nesta definição.

Quanto ao quanto e último capítulo, partimos para a análise da aplicação deste princípio, com o estudo da aplicação deste na responsabilidade civil contratual e extracontratual, nos danos morais e danos materiais. Finalizando com aplicação deste na teoria da perda de um chance.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A RESPONSABILIDADE CIVIL

De início, vale ressaltar que o instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro não se limita aos dispositivos legais previstos expressamente nas legislações privadas, sendo também regido por princípios que emanam da constituição e das próprias leis cíveis. Sendo o estudo destes de grande valia para a aplicação correta do mencionado instituto.

Contudo, embora seja esta uma realidade, não apenas no campo da responsabilidade civil, como em todo o direito civil, não é uma tradição da doutrina

privatística ocupar-se com a indicação, análise e crítica dos princípios fundantes do direito civil, como aponta Taísa Maria Macedo de Lima.

Como apontam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos², o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente a segurança jurídica, com a previsibilidade e objetividade das condutas, enquanto os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.

Esta distribuição se vê presente no sistema da responsabilidade civil, que igualmente ao sistema jurídico em geral, é constituído por dois tipos de normas, sendo estas as regras e os princípios. E, embora seja o objeto de estudo do presente trabalho um princípio em especial, qual seja o da reparação integral dos danos, faz-se necessário um análise da conceituação dos princípios, além da distinção entre os princípios e regras, de uma forma geral.

Neste instante, podem questionar o porquê da análise da teoria dos princípios, em especial da distinção entre princípios e regras, no momento onde o que busca é determinar os critérios a serem seguidos e obedecidos quando da definição do quantum indenizatório ou reparatório.

A resposta para este questionamento é que a relevância dessa análise se demonstra na existência de colisões de princípios no campo da responsabilidade civil, onde se deve buscar a solução mais adequada a luz dessa teoria, pois as respostas apresentadas para os conflitos entre as regras não podem ser aplicadas nestes casos.

Para algumas dessas colisões o legislador buscou apresentar um caminho a ser seguido, como na colisão entre princípios da reparação integral dos danos e da equidade, onde o legislador apresenta no parágrafo único um critério que deve ser observado, que é a desproporção entre o grau de culpa e o dano causado, levando esta à diminuição do valor a ser restituído.

Embora esteja prevista um exceção á regra prevista no caput, que é a reparação ser medida de acordo com a extensão dos danos, sendo, desta forma, apresentados como conflitos solucionável entre regras, por meio da previsão de uma exceção, na realidade estamos diante de uma colisão entre princípios.

Buscando o apresentar os critérios que devem ser utilizados, de acordo com a doutrina que é reconhecida atualmente, faremos uma breve exposição entre os principais contornos de cada um desses doutrinadores.

2 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Coord). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direito Fundamentais e Relações Privadas. 3ª Ed., Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

2.1 Distinção entre Princípios e Regras

A distinção entre princípios e regras passou por fases até chegar à concepção atualmente aceita, sendo, antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, fundada, basicamente, no critério da generalidade. Contudo, como aponta Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³, nos últimos anos ganhou curso generalizado uma distinção quantitativa e estrutural entre regras e princípios, onde as normas se cingiam em regras jurídicas.

Conforme os citados autores, as mudanças de paradigma na matéria de princípios e regras devem especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e os desenvolvimentos a ele dados por Robert Alexy. Dispondo, ainda, que a conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. E sobre a concepção desses dois autores que iremos nos debruçar no que segue⁴.

Valendo, ainda, quanto a esta mudança de concepção, ressaltar que prevalece passou a prevalecer a concepção forte dos princípios jurídicos, desaparecendo a precedência hierárquica das regras sobre os princípios, e , com isso, como aponta Taisa Maria Macedo de Lima⁵, as juristas se voltaram para a construção de uma teoria na qual os princípios assumem relevância inequívoca.

2.1.1 Princípios e regras na doutrina de Ronald Dworkin

Passando para a concepção de princípios que é apresentado pelo autor Ronald Dworkin, este afirma ser o princípio utilizado como um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁶.

Quanto a diferença entre princípios jurídicos e regras, dispõe que esta é de natureza lógica. Sobre as regras, afirma que esta são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada, pois dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele oferece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão. Desta forma, diante do conflito entre duas regras, uma delas não pode ser válida⁷.

3 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto (Coord). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direito Fundamentais e Relações Privadas. 3ª Ed., Rev . Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

4 Ibidem.

5 LIMA, Taisa Maria Macedo de. Op. Cit.

6 DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

7 Ibidem.

Enquanto isso, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, sendo esta a dimensão do peso ou importância, e quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Sendo a dimensão uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é⁸.

Ressalta, ainda, que às vezes regras e princípios são bastante semelhantes, sendo a diferença entre eles quase uma questão de forma. Dispondo que quando uma regra inclui um desses termos, como razoável, negligente, injusto e insignificativo, faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípio e políticas que extrapolam a própria regra, e que a utilização desses termos faz com que as regras se assemelhem mais a um princípio⁹.

Ainda quanto a diferença entre regras e princípios, dispõe que a regra que expressa uma exceção a outra regra está em conflito com ela, como ocorre com os princípios que podem entrar em conflito, e quem em conjunto, as duas regras determinam o resultado de uma maneira que não exige que o juiz escolha entre eles ou determine sua importância relativa como ocorre com os princípios¹⁰.

2.1.2 Princípios e Regras na doutrina de Robert Alexy

De início, quanto à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, ressalta Thomas da Rosa de Bustamante¹¹ que o fator decisivo para a sua recepção no Brasil foi a grande quantidade de dispositivos constitucionais que poderiam ser designados como fontes de normas-princípios, além dessa, apresenta ainda a insuficiência da teoria pura do direito para dar conta dos aspectos jurídico-metodológico das normas-princípios¹².

Ronald Alexy apresenta a sua concepção de princípios na sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, dispondo, de início, que a distinção entre regras e princípios como uma chave para a solução central da dogmática dos direitos fundamentais. Ainda quanto esta distinção, dispõe que é uma distinção entre duas espécies de normas¹³.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica – Resposta às Objeções de Humberto Ávila ao Modelo de Robert Alexy. Revista Trimestral de Direito Civil. Vol 12. Out/Dez 2002. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

12 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op. Cit.: "A grande aceitação da teoria dos direitos fundamentais de Alexy em território nacional é, sem dúvida, um sinal da emergência de uma nova concepção de ciência do direito nas nossas universidades e tribunais, muitas vezes acostumados à metodologia jurídica do positivismo". P.153

13 ALEXY, Robert. "Com frequência, não são regras e princípios, mas normas e princípios ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos

Ressalta a existência de diversos critérios para a distinção entre princípios e normas, sendo o que é utilizado com mais frequência é o da generalidade, segundo o qual os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alta, enquanto o grau de generalidade das normas é relativamente baixo. Contudo, busca apresentar um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios, sendo o critério ideal o qualitativo.

Dispõe, ainda, que o princípio são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Sendo os princípios mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas que tem o seu âmbito determinado pelos princípios e regras colidentes.

Enquanto isso, de acordo com o autor, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, deve fazer aquilo que ela exige, não podendo ser nem a mais nem a menos. Tendo determinação no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível.

Dispõe que a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. No caso de um conflito entre regras, este somente pode ser solucionado se for introduzido, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma delas for declarada inválida, sendo extirpada do ordenamento jurídico. Já na colisão entre princípios, um deles deve ceder, tendo um princípio precedência sobre o outro sob determinadas condições tendo os princípios pesos diferentes, e o que tem maior peso tem precedência.

Desta forma, a solução da colisão entre os princípios, de acordo com a teoria ora analisada, deve se dá a luz do caso concreto, onde é estabelecida uma relação de precedência entre os princípios, que consiste na fixação das condições em que um princípio tem preferência em face do outro.

Quanto ao seu conteúdo, para Robert Alexy, os princípios, normalmente, são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fáticos e normativos, e somente a partir do momento em que passam a se relacionar com os limites dos mundos fáticos e normativos, chega-se, então, a um sistema diferenciado de regras.

de dever-ser, ainda que de espécies muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas". P.87.

2.2 Critérios de distinção entre princípios e regra e colisão de princípios

Embora já apresentadas as diretrizes a serem seguidas para distinguir as regras dos princípios, e que demonstra que se tratam de tipos diversos de normas, com características distintas, este é o momento de apresentar, os critérios distintivos de acordo com outros doutrinadores.

Iniciando com a conceituação de regras e princípios, vale apresentar a concepção adotada por Humberto Ávila, seguindo o entendimento de que as estes são espécies do gênero norma, define quatro critérios que devem ser levados em conta nessa conceituação, sendo eles o dever imediato, o dever mediato, a justificação e a pretensão de decidibilidade.

Para o citado autor, enquanto o dever imediato nos princípios é da promoção de um estado ideal de coisas, nas regras e da adoção da conduta descritiva, partindo para o dever imediato, enquanto nos princípios é a adoção da conduta necessária, nas regras e da manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores. Quanto a justificação, nos princípios é a correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas, já nas regras é a correspondência entre o conceito de norma e o conceito de fato. Por fim, quanto a pretensão de decidibilidade, nos princípios e a concorrência e parcialidade, e nas regras é a exclusividade e abarcância.

A partir destes critérios, o autor apresenta a sua proposta conceitual de regras e dos princípios, dispondo expressamente o que segue¹⁴:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da concorrência, sempre centrado na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subreagentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção¹⁵.

14 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios jurídicos. 4ª Ed., Rev. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. P.70

15 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Ainda quanto a concepção de princípios apresentado pelo autor, vale apresentar as suas conclusões: "As considerações antes feitas demonstram que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários a realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido. Logo se vê que os princípios, embora relacionado com os valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se que promover. No entanto, os princípios afastam-s dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e por via de consequência, estabelecem obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológicos e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva e determinado elemento."

Quanto a esta distinção entre regras e princípios, com base nestas duas teorias acima analisadas, Thomas da Rosa de Bustamante¹⁶ afirma que esta reside na própria estrutura dos comandos normativos, e não apenas na extensão ou na generalidade das proposições do dever ser, isto, apesar de, na prática, os princípios serem normas mais genéricas que do que as regras. Dispondo que a consequência desta distinção lógico-estrutural e que os conflitos entre regras e as colisões entre princípios são solucionáveis de maneira distinta.

Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos¹⁷, quanto às regras, afirmam que estas são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção, ou seja, enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão.

Sobre a aplicação das regras, afirmam que esta se opera na modalidade tudo ou nada, pois ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou ela é descumprida. E na hipótese de conflito entre duas regras, só uma delas será válida e irá permanecer.

Partindo para a definição dos princípios, dispõem que estes, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por sua vez determinado, de situações.

Quanto a sua aplicação, afirmam que “em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas”. Por tal razão, sua aplicação deve ser por meio da ponderação, desta forma, a luz do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.

Desta forma, enquanto nas regras a aplicação se dá no esquema tudo ou nada, no caso dos princípios, diante do caso concreto, a sua aplicação se dá de forma graduada, levando em conta as circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

3 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS

O princípio da reparação integral dos danos, hoje pedra angular da responsabilidade civil, revela-se uma conquista recente do ordenamento jurídico

16 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica – Resposta às Objeções de Humberto Ávila ao Modelo de Robert Alexy. Revista Trimestral de Direito civil. Vol 12, out/dez 2002. Rio De Janeiro: Padma, 2002.

17 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto (Coord). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direito Fundamentais e Relações Privadas. 3ª Ed., Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

brasileiro¹⁸. Embora a reparação integral dos danos já tenha encontrado respaldo na Constituição Federal de 1988, e nos princípios que regem o ordenamento jurídico, precisou o seu reconhecimento expresso no Código Civil de 2002 para por fim a qualquer dúvida quanto a sua existência.

Por meio deste princípio se reconhece não apenas que a reparação deve se medir pelo dano, mas também a possibilidade de reparação dos danos morais, a cumulação de reparação por danos morais e materiais, além de possibilitar a reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance.

Isto decorre de ser extraído do princípio da reparação integral dos danos, que todos os danos sofridos pela vítima devem ser reparados em sua integralidade, buscando o retorno da situação ao mais próximo possível do que existia antes da conduta lesiva, e do conseqüente dano, terem ocorrido. E quando este não for possível, em especial nos casos de dano moral e perda de uma chance, o que se busca é indenizar os danos, com a compensação, mas que esta também se dê de forma integral.

Contudo, o citado princípio não é o único que deve ser observado no momento da reparação civil, pois outros princípios se fazem presentes no campo da responsabilidade civil, com destaque para os princípios da solidariedade, da cooperação, razoabilidade, e especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser observada no momento da imputação da responsabilidade civil ao causador do dano.

Vale ressaltar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a proteção da dignidade da pessoa humana¹⁹ tornou-se primazia não apenas no campo da responsabilidade civil, mas sim em todo o direito civil.

Outro princípio que é orientador da responsabilidade civil é o da equidade²⁰, devendo ser observado pelos juízes no momento da determinação do quantum indenizatório, em especial nos casos em que em que a parte autora não tem como

18 MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Art. 944 do Código Civil: o Problema da Mitigação do princípio da Reparação Integral.

19 Sobre dignidade da pessoa humana, SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª Ed, Rev. Atual e Ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009. "Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal. Além disso, como já visto, não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade". P.101

20 AMARAL, Francisco. A Equidade no Código Civil Brasileiro. In ALVIM, Arruda (Coord). Aspectos controvertidos do Novo Código Civil. "Quanto a sua natureza, a equidade é um princípio ético, um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito que visa a realização da perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico quando aplicado pelo órgão jurisdicional a um conflito de interesses específicos. Não é uma instância menor do direito, ao contrário, constitui-se em um arquétipo axiológico que orienta a aplicação do direito de modo a evitar-se eventual injustiça ou desigualdade decorrente da rigidez da sua fórmula geral". P.207

provar a extensão dos danos materiais sofridos, e na definição dos danos morais. Também deve ser observada, como dispõe o art. 954, quando havendo ofensa a liberdade da vítima, esta não puder provar o prejuízo sofrido, e conforme o parágrafo único do art. 928, na definição da indenização devida pelo incapaz, pelos prejuízos que causar.

No presente capítulo, dentre os princípios que regem a reparação dos danos, ganhará destaque o da reparação integral dos danos. Sendo analisado, em um primeiro momento, os dispositivos, constitucionais e infraconstitucionais que consagram este princípio, juntamente com a posição da jurisprudência pátria quanto a aplicação deste. No segundo momento partiremos para a análise dos seus contornos. Para finalizar, serão apresentados os limites existentes para este princípio que se fazem presente diante do caso concreto.

3.1 A Legislação Brasileira e o Princípio da Reparação Integral dos Danos

No campo do direito civil, diferentemente do direito penal no qual a simples tentativa de crime basta para levar a sanção, em princípio, se não há dano, não há lugar para indenização²¹. Sendo o dano mais do que um dos elementos a serem analisados no momento da análise da responsabilidade civil, sendo, na realidade, a sua razão de existir.

O Princípio da Reparação Integral dos danos ganha grande relevância no campo da responsabilidade civil devido a importância dos danos, e por este instituto girar em torno da reparação dos danos sofridos pela vítima.

Quanto aos dispositivos legais nos quais se observa este princípio, o primeiro deles é o da Constituição Federal de 1988²², que no seu art. 5º, inciso V, estabeleceu ser assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem²³.

21 LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord). Princípios do Novo código civil brasileiro e outros temas. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

22 BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). Questões controvertidas no Novo Código Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 5. São Paulo: Método, 2006. "O texto constitucional não ouvidado ainda do tratamento normativo da responsabilidade civil. Alguns de seus dispositivos trazem preceitos atinentes à regulamentação desta, senão vejamos: a) art. 5º, V, X, XLV e LXXV; b) art. 21, XIII, c; c) art. 37, §6º; d) art. 141; e) art. 173, § 5º; f) art. 225, §§2º e 3º; g) art. 236, §1º; h) art. 245. Assim sendo, consagra no ordenamento jurídico diversas modalidades de reparação (afora a pecuniária), o dano moral e a preferência pela responsabilidade objetiva". P.362

23 O art. 5º, da Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu caput e no citado inciso V, o que segue: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem.

Nesse sentido é o entendimento de Clayton Reis²⁴, que afirma que para o Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, e a partir do determinado pelo Art. 5º, inciso V, que o princípio da indenização integral dos danos estabeleceu bases sólidas.

O Código Civil de 2002 adota o critério da extensão do dano causado para a fixação da indenização, observando o princípio da reparação integral dos danos e o prevendo expressamente em seu artigo 944²⁵. Desta forma, além de encontrar o respaldo na Constituição Federal, o princípio em análise também encontrou consagração no Código Civil de 2002.

O princípio da reparação integral dos danos também é consagrado foi consagrado, antes mesmo do Código Civil de 2002, pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece, no art. 6º, inciso VI, como um dos direitos básicos do consumidor, o de efetiva reparação dos danos, sejam eles patrimoniais ou morais, individuais, coletivos ou difusos.

Sobre o mencionado dispositivo, ressalta Adalberto do Amaral Júnior, que é evidente o prejuízo quando previamente se estabelece um teto para a reparação dos danos, e este o único capaz de tutelar adequadamente as expectativas de todos os lesados²⁶.

Já tendo se manifestado, em diversas ocasiões, o STJ pela precedência do princípio da reparação integral dos danos, previsto do CDC, sobre a limitação indenizatória prevista no código de Varsóvia, estabelecendo que “Os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam à relações jurídicas de consumo, uma vez que, nas hipóteses como a dos autos, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos”²⁷.

Vale, ainda, ressaltar, por fim, que o princípio da reparação integral dos danos é visto, para o Superior Tribunal de Justiça, como um dos motivos da não incidência do imposto de renda nas indenizações por danos morais e materiais, dispondo este que “a indenização por dano moral ou material não aumenta o patrimônio do lesado, sendo voltada à restituição, pela via da substituição monetária, da situação em que a vítima se encontrava antes do evento danoso”²⁸.

24 REIS, Clayton. Os Rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

25 O art. 944 do código civil prevê expressamente: “art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

26 AMARAL JÚNIOR, Adalberto. O código de Defesa do Consumidor e as Cláusulas de Limitação da Responsabilidade dos Contratos de Transporte aéreo nacional e internacional. Revista dos Tribunais. Nº 759, p.67-75.

27 REsp. 27833 – São Paulo. Relator Min. Waldemar Zveiter. Terceira Turma. Julgamento em 10/10/2000, DJ. 05/02/2001. “**EMENTA:** RESPONSABILIDADE CIVIL - EXTRAVIO DE MERCADORIA - TRANSPORTE AÉREO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS PELO CDC - REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS CAUSADOS. I - Os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam à relações jurídicas de consumo, uma vez que, nas hipóteses como a dos autos, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos. II - Recurso Especial conhecido e provido”.

28 REsp nº 1068.456 – PE. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. DJe. 01/07/2009. “**Ementa:** TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - NATUREZA DA VERBA - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL – NÃO INCIDÊNCIA - PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL - PRECEDENTES DO

3.2 Os Contornos do Princípio da Recuperação Integral dos Danos

De início, vale ressaltar, seguindo os ensinamentos de Gineviève Viney²⁹, que o princípio que será analisado, sendo este o da reparação integral dos danos, tem uma série de benefícios que são de inegável importância, pois permite que a vítima obtenha uma indenização efetiva dos danos sofridos em decorrência de um terceiro, além de ser um incentivo para que os juízes ajustem a compensação nas situações específicas em que não podia levar em consideração formulas mais matemáticas e mais rígidas

Na busca da definição dos contornos do princípio da reparação integral dos danos, vale ressaltar a origem deste, que de acordo com Paulo de Tarso V. Sanseveriano, o direito Francês, onde foi sintetizado pela doutrina com um adágio, sendo este “Tout Le dommage, mais rien que Le damage”, ou seja, “todo o dano, e nada mais que o dano”³⁰.

Deste enunciado se extrai que o princípio da reparação integral dos danos possui uma dupla função, sendo estas, a de estabelecer um piso indenizatório, que seriam os danos, juntamente com um teto indenizatório, sendo este nada mais que o valor dos danos³¹.

Nesta primeira função, que é o piso indenizatório, que também chamada de função compensatória, o que se busca é assegurar a reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pela vítima. Na sua segunda função, que é estabelecer um teto indenizatório, o objetivo é evitar o enriquecimento sem causa da vítima através do valor que foi arbitrado, pois a responsabilidade civil não pode ser um pretexto para a obtenção de vantagens indevidas³².

Desta forma, para que uma decisão esteja de acordo com o mencionado princípio ela tem que atender estes dois limites, não podendo o valor definido como a indenização ser inferior aos danos sofridos pela vítima, ao mesmo em que não pode ser superior a este, para que não se converta em instrumento de enriquecimento sem causa da vítima.

STJ. 1. A indenização por danos materiais e morais não é fato gerador do imposto de renda, pois limita-se a recompor o patrimônio material e imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado. 2. A negativa de incidência do imposto de renda não se faz por força de isenção, mas em decorrência da ausência de riqueza nova – oriunda dos frutos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos – capaz de caracterizar acréscimo patrimonial. 3. A indenização por danos morais e materiais não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, ao statu quo ante. 4. Quanto à violação do artigo 535 do CPC, esclareça-se que, em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, conforme o convencimento do julgador. 5. No caso, o magistrado aplicou a legislação por ele considerada pertinente, fundamentando o seu entendimento e rejeitando as teses defendidas pelo ora recorrente, não havendo que se falar em deficiência na jurisdição prestada. 6. Recurso especial não provido”.

29 VINEY, Geniève. *Traité de Droit Civil. Les Obligations. La Responsabilité: Effets*. Paris: L.G.D.J., 1988.

30 SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. *Princípio da Reparação Integral dos Danos Pessoais*. Jornal Carta Forense. Out – 2005.

31 *Ibidem*

32 *Ibidem*

J. M. de Carvalho Santos, na vigência do Código Civil de 1916, analisando a segunda parte do artigo 1535 desta legislação, afirma que em se tratando de avaliação do dano, não se pode esquecer o princípio fundamental, segundo o qual o fim da avaliação é ressarcir o patrimônio da diminuição que decorreu do ato ilícito³³. Apresentado como conteúdo deste princípio fundamental, que “ a indenização deve visar diretamente reconstruir o patrimônio desfalcado pelo ato ilícito e nunca das lucro ao prejudicado”, e que este deve obter, por meio da indenização, aquilo que tem direito, não se deve enriquecer, mas apenas obter o ressarcimento do dano efetivo.

Com isso, J. M de Carvalho Santos³⁴ já apresentava os dois limites que devem ser observados no momento da restituição dos danos. Limites esses que fazem parte dos contornos do princípio da reparação integral dos danos, mas que o autor não faz referência, afirmando apenas que faz parte de um princípio fundamental.

Já na vigência do Código Civil de 2002, Flaviana Rampazzo Soares³⁵, analisando o disposto no art. 944, dispõe que este determina que a indenização corresponde , sempre que possível, ao dano, e que a indenização do artigo dita que a medida da indenização é a medida do dano, tratando-se de uma idéia de equivalência, a qual teria como conseqüência uma situação de equidade, pois não se dá ao ofendido nem mais nem menos do que a perda que sofreu.

Além do previsto no caput do art. 944 do CC02, no caso do descumprimento das obrigações, os limites desta indenização estão estabelecidos no art. 402 e 403 do mesmo dispositivo legal, sendo estes os danos emergentes – sendo o que efetivamente perdeu – e os lucros cessantes – o que razoavelmente se deixou de lucrar, mas apenas os que decorrem direta e imediatamente da conduta. O que também se aplica aos casos de reparação na responsabilidade extracontratual.

Quanto a esta limitação, dispõe Arnaldo Marmitt³⁶, que qualquer pretensão à aumentos será vedada e tida como enriquecimento sem causa, pois o dano experimentado pela vítima não pode servir como fonte de renda.

No mesmo sentido Fábio Henrique Podestá³⁷, entendendo que a indenização não pode representar valor superior ao prejuízo, sob pena de converter-se em lucro

33 SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Interpretado. Volume XXI, 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. “Em se tratando de avaliação do dano, é preciso não esquecer este princípio fundamental, lembrado por todos os doutores, segundo o qual o fim da avaliação o patrimônio da diminuição que lhe foi motivada pelo ato ilícito, sendo essencial, portanto, que exista uma relação de causalidade entre o fato ilícito e o dano que se quer ressarcir. Podem, na realidade, outras circunstâncias concorrerem para aumentar a intensidade do dano, emprestando-lhe maiores proporções que as meramente resultantes do ato culposo, mas, evidentemente, em casos tais, o autor do ato ilícito não poderá responder por todas essas conseqüências, ficando sua responsabilidade vinculada apenas às conseqüências diretas, a não ser que o ato ilícito haja diretamente provocado aquelas circunstâncias, das quais resultou a agravação do dano”.

34 Ibidem.

35 SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

36 MARMITT, Arnaldo. Perdas e Danos. 3ª.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

37 PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito das Obrigações. Teoria Geral e Responsabilidade Civil. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

fácil e prestigiar o enriquecimento indevido. Dispondo ainda, que neste sentido, a reparação é equiparada a restituição in integrum. Concluindo no sentido de que a indenização visa repor o patrimônio do lesado na situação em que estaria se não tivesse ocorrido o fato danoso.

Andrés F. Varizat³⁸, quanto ao princípio da reparação integral dos danos, afirma que este aponta para duas principais diretrizes. Sendo a primeira delas a de que todos os danos devem ser *prima fácies* ressarcidos. Dispondo que a partir deste critério, os interesses, que podem ser acessórios a obrigação principal de ressarcir ao dano, também devem ser incluídos no ressarcimento, pois deve se preservar a integridade da indenização que tem direito a vítima.

A segunda diretriz apresentada é a de que o valor do ressarcimento não deve ser nem superior nem inferior ao dano efetivamente sofrido, devendo ser analisado, no caso de reparação inferior do dano, que a sua conseqüência no princípio da reparação integral dos danos, seria a sua não efetivação, e a sua reparação superior, o que afetaria por excesso o citado princípio.

Desta forma, do princípio da reparação integral dos danos não se extrai apenas um limite mínimo do valor da reparação ou indenização, que não deve nunca ser inferior à extensão do dano, mas também apresenta que este valor nunca deve ser superior ao dano sofrido pela vítima.

4 LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS

Embora seja o princípio da reparação integral dos danos o que rege a quantificação do valor da reparação dos danos na responsabilidade civil, este não é absoluto, encontrando limites no próprio Código Civil, além de entrar em colisão com outros princípios diante do caso concreto.

A primeira limitação a ser tratada neste trabalho, esta vem prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002. Quanto ao previsto neste, a doutrina se manifesta tanto a favor quanto contra a escolha legislativa que foi feita ao estabelecer a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. O que será analisado no primeiro momento deste capítulo.

Valendo destacar o exposto por Milton Paulo de Carvalho Filho³⁹, que afirma que esse dispositivo teve por objetivo abrandar e ao mesmo tempo relativizar o princípio contido no *caput*, da reparação integral dos danos. Dispondo que este visou tornar mais justa e equânime a indenização, nos casos em que o causador do dano,

38 VARIZAT, Andrés F. Daño futuro y principios de La reparacion integral: sus proyecciones prácticas em um reciente fallo Del Tribuna Superior de Justicia de Córdoba. Fonte: Apc 2010 6 638.

39 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Indenização por Equidade no Novo Código Civil. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

num instante de inadvertência, deu motivo a que se consumasse um grande prejuízo, cujo ressarcimento poderá ocasionar a ruína total.

Já Grácia Cristina Moreira de Rosário⁴⁰, em sentido diverso do anterior, afirma que o direito civil deve voltar-se para a busca do instrumento que oferte a possibilidade de almejar a reparação, em sua totalidade, da lesão sofrida. Contudo, a reparação pode não ser integral, dependendo da desproporção entre o grau de culpa do causado e a lesão, conforme o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, adotando a teoria da gradação da culpa para incidir a quantia indenizatória. Mas, ressaltando que a gravidade da culpa não é a base da medida da indenização, e, sim, o nexo de causalidade, devendo, a extensão da lesão, ser inquirida a partir daquele.

Contudo, este não é o único empecilho para a aplicação do princípio da reparação integral dos danos em todas as suas dimensões, pois este princípio pode entrar em colisão com outros princípios, que, diante do caso concreto, tem precedência.

Um dos princípios que entram em colisão com o da reparação integral dos danos é o da dignidade da pessoa humana, o que será analisado em item específico, sendo este o que trata da situação do ofendido.

4.1 O Parágrafo Único do Art 944 do CC02

Enquanto o caput do artigo 944 do Código Civil de 2002 estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano, sendo apontado pela doutrina, conforme já exposto, como o dispositivo que consagra o princípio da reparação integral dos danos de forma expressa, o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que a valor da indenização possa ser reduzida no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Dispondo expressamente o dispositivo que será objeto de análise o que segue:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

De início, vale ressaltar que o Código Civil de 1916 não previa tal possibilidade de influência da gradação da culpa na reparação dos danos, sendo tal critério incluído pelo citado supracitado dispositivo.

40 ROSÁRIO, Grácia Cristina Miranda do. A Perda de uma Chance de Cura na Responsabilidade Médica. Revista do EMRJ. V. 11, 2008.

Na vigência de tal legislação, ressalta Paulo Roberto Ribeiro Nalin⁴¹, que este critério de reparação gradual era utilizado por outros sistemas legislativos, afastando, assim, em princípio da reparação integral, em adoção a um critério equivalente ao grau de culpabilidade do agente causador dos danos, de acordo com este a máxima reparação estaria na idêntica medida do maior grau de culpa do seu causador, que seria o dolo, passando a gradação da culpa a ter importância destacada para o sistema jurídico.

Dentre as legislações que já estabeleciam tal gradação, destacamos o Código Civil Português de 1967, que em seu art. 494^o, que trata da limitação da indenização no caso de culpa, estabelecendo expressamente:

Quando a responsabilidade se funda na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso a justifiquem.

A autora Teresa Ancona Lopez⁴², apresenta o parágrafo único do art. 944 como uma ressalva a regra estabelecida em seu caput que é, talvez, uma das mais polêmicas e importantes inovações dentro do Código Civil, pois mexeu com uma tradição de séculos, que definia que sempre o tamanho do dano, e não da culpa, que dava a medida da indenização.

Dispondo, ainda, que “a regra revoluciona a teoria da indenização, pois em nome da justiça, permite ao juiz, usando a equidade, reduzir o quantum ressarcitório caso a culpa seja desproporcional em relação ao dano”⁴³.

Nesse diapasão, afirma Felipe P. Braga Netto⁴⁴ que, analisando o caput do art. 944 do CC02, que no direito civil, é irrelevante, em princípio, o grau da culpa para a fixação do valor da reparação, tratando-se o parágrafo único de evidente exceção ao princípio estabelecido no caput deste.

Analisando o disposto no parágrafo único do art. 944, afirma Flaviana Rampazzo Soares⁴⁵, que este incide somente nos casos em que a desproporção for demasiada, e que, neste sentido, a avaliação da conduta do ofensor, ou a gradação da culpa assumem relevância, pois o dispositivo trata daqueles casos em que, por exemplo, a culpa, de tão leve, ou mesmo quando inexistente, não justifica que o causador do dano repare, integralmente, a vítima.

41 NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade Civil. Descumprimento do Contrato e Dano Patrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.

42 LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord). Princípios do Novo código Civil Brasileiro e outros temas. Em homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

43 Ibidem. P.680.

44 BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

45 SOARES, Flaviana Pampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

Se mostrando favorável ao previsto no dispositivo legal em análise, dispõe Miguel Kfouri Neto⁴⁶, que essa gradação introduzida no CCB permite maior justiça ao se fixar a extensão da reparação por meio da análise da gravidade da imperícia, negligência ou imprudência com que se houve o causador do dano. Dispondo que conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o agir culposo será enquadrado como levíssimo, leve e grave. Ai, o juiz poderá proceder à justa indenização da culpa e, por conseguinte, determinar a extensão da reparação.

Contrário ao previsto no parágrafo único do art. 944, afirma Rui Stoco⁴⁷ que este dispositivo, a título de exceção, é equivocado e nocivo, pois, se reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior, a redução do valor, tendo em vista o grau de culpa, não indeniza integralmente e não cumpre aquele princípio, dando ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação.

Afirmando, ainda, que este princípio está em contradição com o princípio expressamente enunciado do caput do artigo e que o legislador condicionou a redução equitativa da indenização à gravidade da culpa, condicionamento esse que conduz a injustiça e distorções, quando poderia estabelecer essa ligação com a condição econômica e financeira de quem dá e de quem recebe, o que se mostra muito mais adequado⁴⁸.

Acreditamos que, embora sejam consistentes os argumentos contra a possibilidade de redução equitativa da indenização no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e os danos, e da força do princípio da reparação integral dos danos, que esta redução é totalmente plausível.

Conforme já exposto neste trabalho, o previsto no parágrafo único do art. 944 do CC02 não estabelece uma exceção à reparação integral dos danos como uma forma de solução de conflitos entre regras, mas sim deve ser levado em conta que a reparação integral dos danos é um princípio.

Desta forma, quando mesmo diante de casos em que haja a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e dos danos causados, deve ser observado, em certas dimensões, o princípio da reparação integral dos danos, principalmente quanto à possibilidade de cumular os danos morais e danos materiais.

46 KFOURI NETTO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. Revista dos Tribunais. Ano 94. Setembro de 2005. vol. 839

47 STOCO, Rui. Responsabilidade Civil no Código Civil francês e no Código Civil Brasileiro (Estudos em homenagem ao bicentenário do Código civil francês). Revista dos Tribunais, ano 94, jan. 2005, vol 831.

48 Ibidem

4.2 Concorrência de Culpas

Além da gravidade da culpa, acima analisada, a concorrência da culpa do lesado pode ser fator de redução ou mesmo de exclusão da responsabilidade civil, de acordo com o previsto no art. 945 do Código Civil de 2002⁴⁹.

Quanto à concorrência de culpas, dispõe Ronnie Pneuss Duarte que esta pode ocorrer quando um fato culposo do lesado tiver influenciado para os danos serem produzidos ou agravados. Afirmando que quando o tal situação for verificada, o tribunal pode reduzir o valor da indenização, o que pode se dar de ofício, independentemente de pedido expresso do indenizado⁵⁰.

Vale ressaltar, quanto ao dispositivo legal mencionado, que para o autor a expressão culpa deve ser entendida em sentido lato, afirmando que mesmo um simples fato, lícito, pode dar causa à aludida exclusão, bastando que o ato da vítima, por omissão ou ação e ainda que lícito, tenha redundado no agravamento dos danos⁵¹.

Sobre o tema, dispõe Milton Paulo de Carvalho Filho⁵² que a culpa da vítima, quando concorre para a produção dos danos, influi na indenização, contribuindo para que ocorra a repartição proporcional dos prejuízos. Dispondo que se a culpa do ofendido não chegar a elidir totalmente a responsabilidade do agente, o valor da indenização, nesta hipótese, será apurado tendo em conta a gravidade de sua culpa em confronto com o autor do dano.

Para o citado autor, havendo a possibilidade de ter a vítima contribuído para o dano e a sua extensão, que não atingiria a proporção que chegou sem o concurso de sua atuação, não há dúvidas de que a o critério mais justo e equânime para a fixação da indenização é o que leva em conta a gravidade das faltas das partes envolvidas. Dispondo, ainda, que quanto à avaliação quantitativa do grau de redutibilidade da indenização, compete ao juiz, no exame do caso concreto, definir se a culpa concorrente da vítima deve ou não influir na atribuição dos prejuízos, para depois avaliar quantitativamente o grau de redutibilidade da indenização em face da concorrência de culpas.

No caso da concorrência de culpas, tendo participação da própria vítima na produção dos danos, a indenização continua a ser de forma integral, obedecendo o princípio da reparação integral dos danos em todas as suas dimensões. Isto decorre de

49 **Artigo 945 do Código Civil de 2002:** "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

50 DUARTE, Ronnie Pneuss. Responsabilidade Civil e o Novo Código: Contributo para uma Revisitação Conceitual. São Paulo: Método, 2005. Série Grandes Temas de Direito Privado.

51 Ibidem

52 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Indenização por Equidade no Novo Código Civil. 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

que apenas os danos que decorrem da conduta do responsável é que devem ser reparados integralmente, e não os decorrentes da própria conduta da vítima.

Desta forma, a redução do valor da indenização observando a participação da vítima na causa do dano em nenhum momento se demonstra um limitador do princípio da reparação integral dos danos, mas sim torna este concretizado de forma mais plena, já que, como exposto, este determina que não pode ser reparado além dos danos.

4.3 Situação de Responsável

O princípio da dignidade da pessoa humana desautoriza que se produza a ruína do devedor pela busca da reparação integral do dano produzido, criando, como observa Felipe p. Braga Netto⁵³, um novo problema com tal solução, pois se fixar a indenização sem temperamentos isso resultará soluções absurdas e anti-sociais.

Para o citado autor, a aplicação desmedida da teoria da reparação integral conduz a resultados pouco elogiáveis à luz da igualdade material, e tampouco atender ao dever, constitucionalmente imposto, de redução das desigualdades sociais e regionais. Dispondo Felipe P. Braga Netto, que é fundamental ponderar, no caso concreto, as situações específicas tanto do agressor quanto da vítima, para, só a partir daí, dimensionar a indenização adequada à espécie. E afirmando, ainda, que⁵⁴:

É fundamental, na ponderação jurisprudencial dos valores reparatórios, que se leve em conta a pobreza do ofensor, mitigando a reparação, de modo a não privá-lo do necessário, maxime-se, de outro lado, o ofendido pode contar com uma situação financeira estável e de relativo conforto.

Para Caio Mário da Silva Pereira, mesmo sendo certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levado ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximem do dever de indenizar⁵⁵.

Entendemos que a situação do responsável deve ser levado em conta no momento da definição do quantum indenizatório, pois da reparação dos danos não deve restar novos danos, sendo este do responsável que teve que arcar com reparação muito superior ao que pode suportar.

53 BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil. São Paulo:Saraiva, 2008.

54 Ibidem. p.66.

55 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS

Após a análise dos contornos do princípio da reparação integral dos danos, e de alguns limites impostos pela própria legislação, ou por outros princípios que pautam a responsabilidade civil no direito brasileiro, neste ponto o que buscaremos é a análise do seu campo de atuação.

Para tanto, de início, vale analisar se este princípio atua tanto no campo da responsabilidade civil contratual quanto da extracontratual, ou se encontra alguma limitação para a sua atuação dentro dessas duas espécies de responsabilidade.

Na sequência, após essa primeira definição, o que será analisado é se apenas os danos materiais devem obedecer ao previsto no caput do art. 944 do CC02, sendo definida a indenização de acordo com a extensão dos danos, ou se este se aplica também aos casos de danos morais.

Quanto a aplicação do princípio em análise aos danos materiais, e de grande valia apresentar o entendimento de Clayton Reis⁵⁶, no sentido de que a ideia de indenização integral assenta-se no princípio da restitui in integrum, ou da reparação completa. Sendo relativamente fácil fixar com a precisão necessária o montante da indenização na hipótese da reparação pretendida circunscrever-se à esfera patrimonial, pois neste caso se estará diante de uma reparação aritmética, no qual o prejuízo será ressarcido através da equivalência absoluta em face do dano.

Para o autor, se o princípio da equivalência não for observado, haverá o inevitável risco de uma indenização incompatível com os pressupostos da responsabilidade civil, resultando em inevitável lesão para as partes, gerando o enriquecimento ilícito de uma parte, com o conseqüente empobrecimento ilícito da outra parte.

Vale ressaltar que a doutrina ainda apresenta requisitos para que o dano seja indenizável, devendo este ser, além de diretos e imediatos, devendo analisar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, que o mesmo tenha um mínimo de gravidade

Neste diapasão Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge⁵⁷, que apresente como um dos requisitos para que o dano seja indenizável é o mínimo de gravidade⁵⁸, dispondo que deve entender-se que um prejuízo irrisório não constitui pressuposto da responsabilidade civil, ressalta que esta conclusão não decorre do que está disposto na lei (no caso a Portuguesa), já que esta não afirma expressamente que o prejuízo, para

56 REIS, Clayton. Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral. Rio de Janeiro: forense, 2002.

57 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

58 *Ibidem*, O autor afirma, quanto aos danos indenizáveis, que: "Nem todos, porém, são atendíveis, mas só os que reúnem certos requisitos: alienidade, certeza, mínimo de gravidade e a qualidade que consiste em serem causados pelo acto ilícito". p.385. E quanto a primeiro requisito apresentado, sendo este a alienidade, afirma que: "Para que possa verificar-se uma situação de responsabilidade civil, é necessário que os prejuízos, de cuja imputação se trata, sejam alheios, isto é, tenham sido suportados por pessoa diversa daquela sobre a qual se pretenda que o respectivo sacrifício impondo com caráter definitivo" p.386

ser reparável tem que apresentar um mínimo de gravidade ou valor, mas “é imposto pelo bom-senso e até pelo princípio da boa-fé, pois a exigência de reparação de um desses prejuízos só poderia explicar-se pelo propósito de vexar o lesante e, como tal, não merecia a tutela do direito”⁵⁹.

Quanto a este requisito, sendo este o de mínimo de gravidade, afirma que só poderá ser apreciado, caso a caso, pelo prudente arbítrio do julgador. Estabelece que este requisito não significa que apenas sejam reparáveis os prejuízos de valor elevado, sendo reparáveis os pequenos prejuízos, desde que excedam o referido mínimo, e que o ato ilícito pode revestir caráter continuado e ir provocando prejuízos insignificantes, cuja acumulação representa grande perda⁶⁰.

Por fim, será analisada a relação entre o princípio da reparação integral dos danos e a teoria da perda de uma chance, sendo o mencionado princípio um dos fundamentos apresentados pelos defensores da reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance.

5.1 Aplicação do Princípio da Reparação Integral dos Danos na Responsabilidade Civil Contratual e na Extracontratual

O princípio da reparação integral dos danos não se aplica apenas a responsabilidade extracontratual, mas também a decorrente do descumprimento de obrigações, sendo esta a responsabilidade contratual.

Afirmando Silvio de Salvo Venosa⁶¹ que a quantificação do dano é uma dificuldade à parte no campo da responsabilidade civil, mas não apenas no campo contratual como também no extracontratual. No caso de dano decorrente de um inadimplemento contratual, o próprio contrato balizará o ressarcimento, e os contratantes poderão, ademais, ter fixado os danos em uma cláusula penal. Mas que no caso de responsabilidade aquiliano, porém, a perda ou o prejuízo deverão ser avaliados no caso concreto. Se colocando nesse sentido o art. 946 do CC02.

Nesse sentido, conforme o disposto por Miguel Maria de Serpa Lopes⁶², ao tratar sobre responsabilidade civil decorrente do descumprimento da obrigação, o princípio geral que rege a matéria do dano é o de que ele deve ser integralmente reparado, sendo esta reparação de tal forma que restabeleça o credor na posição que teria, se o devedor houvesse cumprindo a obrigação que lhe incumbia⁶³.

59 Ibidem. P.388

60 Ibidem.

61 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005

62 LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. Vol II, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas e Bastos.

63 LOPES, Miguel Maria de Serpa. op. Cit.: “Descumprida a obrigação, violado o direito do prejudicado, a este assiste uma reparação, destinada a reequilibrar a sua posição jurídica, de modo a tanto quanto possível retornar ao estado em que se encontraria, se o devedor houvesse realizado a prestação no tempo e forma devidos”. p. 396.

Ressaltando, o mencionado autor, quanto a indenização decorrente desse descumprimento, que esta obrigação por perdas e danos não tem o caráter de pena, em razão de que, para a sua composição não entre em linha de conta o grau de responsabilidade do devedor, mas a extensão ou a maior ou menor gravidade do dano.

Desta forma, não há motivos para excluir a aplicação da reparação integral dos danos nos casos de responsabilidade contratual, que decorre do descumprimento de obrigações, mas sendo observado, primeiramente, observado o que foi acordado pelas partes.

5.2 Aplicação do Princípio da Reparação Integral dos Danos aos Danos Morais e Materiais

Uma das conseqüências da adoção do princípio da reparação integral dos danos no direito brasileiro é a possibilidade de cumular a reparação por danos morais e materiais, além de danos estéticos, em decorrência de uma mesma conduta lesiva. Isso decorre de se buscar a reparação de uma forma integral, independente da forma de danos que decorreu da conduta, e se desta decorreram, ao mesmo tempo, danos ao patrimônio material como danos a personalidade, estas duas espécies de danos devem ser reparadas.

Contudo, uma outra discussão que envolve o princípio em análise é se este se aplica na quantificação tanto dos danos morais, quanto dos danos materiais. Tendo doutrinadores que defendem que no caso dos danos morais, por serem estes arbitrados pelo juiz, não deveria observar o previsto no art. 944 do Código civil de 2002

Neste sentido se manifesta Regina Beatriz Tavares da Silva, defendendo que o critério estabelecido no art. 944 do Código Civil de 2002, sendo este a extensão do dano, adapta-se especialmente ao dano material. Dispondo que na fixação do dano material, calcula-se tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e o que efetivamente perdeu, portanto, verifica-se a extensão do dano, e, ainda, que este tem caráter ressarcitório⁶⁴.

Contudo, para a autora mencionada, na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. Apresentando como critérios que devem ser utilizados na fixação do quantum indenizatório, para avaliar a extensão do dano moral, são a compensação ao

64 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. "Na fixação do dano material, calcula-se tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e o que efetivamente perdeu, portanto, verifica-se a extensão do dano. Já que o evento danoso interrompe a sucessão normal dos fatos, a reparação de danos deve provocar um novo estado de coisa que se aproxime tanto quanto possível da situação frustrada, ou seja, daquela situação que, segundo a experiência humana, em caráter imaginário, seria a extensão se não tivesse ocorrido o dano. Vê-se, assim, que o critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material – que tem caráter ressarcitório". p.262.

lesado e o desestímulo ao lesante, e que estes devem obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando em conta o efeito, que será a prevenção, por meio do desestímulo⁶⁵.

Seguindo para a análise do artigo 1059 do Código Civil de 1916, que trata das perdas e danos, dispondo que esta abrange além do que o credor efetivamente perdeu, com o que razoavelmente deixou de lucrar, para Paulo Roberto Ribeiro Nalin⁶⁶, de acordo com a redação deste dispositivo legal, que a tentativa de reparação integral toma como base a satisfação de seu pressuposto mais essencial, sendo este o de torna indemne o lesado em danos patrimoniais.

Contudo, entende que, embora perceba-se no sistema pátrio da responsabilidade civil que os danos patrimoniais tem a possibilidade de serem reconstituídos de forma integral, o mesmo não ocorre com os danos não patrimoniais. Apresentando como motivo para tanto que falta ao julgador, no caso dessa segunda espécie de dano, um critério adequado para levar a vítima desse tipo de dano à situação em que se encontravam anteriormente ao fato ilícito⁶⁷.

Ainda quanto a distinção entre a reparação no caso de dano material e de dano moral, vale apresentar o entendimento de Bruno Oliveira Maggi, para o qual no caso da ocorrência de um dano material, fixa-se uma indenização, está é vista como reparação por pretender recompor o valor econômico da coisa destruída ao lesado. Já no caso do dano moral esta indenização será compensatória, isto pela impossibilidade de eliminar a dor sofrida pela vítima⁶⁸.

Para o citado autor, no caso dos danos morais, o valor determinado como indenização serve apenas para amenizar o sofrimento que foi imposto a quem busca a reparação, e esta quantia em dinheiro desempenha um papel de troca, pois apenas diminui o sofrimento da vítima, mas não se posta a reparar completamente as perdas sofridas⁶⁹.

No mesmo diapasão, afirma Caio Rogério da Costa Brandão⁷⁰ que nos casos de indenização por dano moral, não se pode buscar uma equivalência entre o dano e o valor da satisfação, dispondo que o objeto da ação é imensurável e absolutamente insuscetível de valoração exata, cabendo ao juiz auferir uma compensação em valor monetário ou até mesmo a obrigação de fazer ou não fazer⁷¹.

65 *Ibidem*

66 NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade Civil. Descumprimento do Contrato e Dano Patrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996.

67 *Ibidem*.

68 MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de classificação do Dano no Direito Civil*.

69 Quanto a reparação dos danos morais, afirma, ainda, Bruno oliveira Maggi, op cit.: "A doutrina brasileira evoluiu bastante com relação à fixação de indenização por dano moral, partindo de uma situação de irreparabilidade e chegando a situação atual, em que se admite por dano material e moral de maneira cumulativa". p.37.

70 BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. *Dano Moral: Valoração do Quantum e Razoabilidade Objetiva*. Revista de Direito Privado. n.º 25, ano 7, jan-mar. 2006.

71 Sobre o tema, completa o autor Caio Rogério da Costa Brandão, Op. Cit.: "de fato a inexistência do quantum indenizatório não pode ser fator impeditivo do dever de indenizar, porém, com a devida vênia ao ilustre prof. Aguiar

Em sentido contrário, Miguel Kfoury Neto, que, após afirmar que hoje, após longo percurso, estabeleceu-se a reparação integral do dano como um valor importante no ordenamento, dispõe que foi reconhecida a reparação integral dos danos extrapatrimoniais, o que é extraído da suas considerações que seguem⁷²:

Reconheceu-se, mais, que os danos extrapatrimoniais são merecedores de tutela privilegiada, já que fundamentalmente ligadas à dignidade da pessoa humana, segundo a normativa da Constituição da República, de 1988. E que o princípio dignidade humana, erigido pela constituição de 1988 como fundamento da República, deve irradiar-se, prioritária e necessariamente, por todo o sistema jurídico. Por outro prisma, consagrou-se a solidariedade como uma valor da República (Constituição República, de 1988, art. 1º, III, e art. 3º, I), solidariedade que, em termos de responsabilidade civil, aponta no sentido da vítima, sempre buscando garantir-lhe uma reparação integral.

No mesmo diapasão, defende Paula M. F. Lemos que o princípio da reparação integral engloba a plena reparabilidade tanto dos danos materiais quanto dos danos morais sofridos, incluindo em seu alcance o papel da culpa, a necessidade ou não da sua comprovação, e a fixação do quantum indenizatório⁷³.

Clayton Reis⁷⁴ Também defendendo o entendimento que tanto os danos patrimoniais quanto os morais devem ser objeto de indenização integral, baseando este no art. 5º, inciso X, da CF⁷⁵, e dispõe, sobre o tema, que não há dúvidas de que a intenção do legislador era de que aos todo e qualquer dano, seja ele patrimonial ou o não patrimonial, seja medido na sua extensão, sendo atribuído ao lesado, a título de indenização o valor equivalente do prejuízo sofrido⁷⁶.

Para o citado autor se quisermos adotar princípios de reparação integral, temos necessariamente que abandonar a ideia da patrimonialização do dano, e partir para a busca de uma solução que seja a mais compatível com a ideia da repristinação na esfera dos danos extrapatrimoniais. Dispondo que para se estabelecer uma exata dimensão dos danos extrapatrimoniais é necessário uma reflexão sobre o seu

Dias, não se pode estabelecer um parâmetro de valoração, somente em benefício do réu, ou seja, tem que haver a responsabilidade de um em prol da satisfação do outro, contudo com equilíbrio, através de uma razoabilidade, para não se incorrer em indenização exorbitante e nem ínfimas, com valores extremamente irrealis, através de uma prejudicada condenação". p.75

72 KFOURI NETO, Miguel. Os artigos 944 e 945 do Novo Código Civil Brasileiro. Grau de Culpa e redução equitativa da indenização. 2003. Disponível em www.paranonline.com.br.

73 LEMOS, Paula M. F. Ato ilícito e Reparação por dano. Vox Juris. Ano 2, v. 2, n.1, pág 41-84, 2009.

74 REIS, Clayton. Os Novos da Indenização do Dano Moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

75 A Constituição Federal de 1988, dispõe em seu art. 5º, caput, e em seu inciso X, o que segue: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação";

76 Sobre o tema afirma Clayton Reis, op. Cit.: "Não resta dúvida de que a intenção desejada pelo legislador consistiu na circunstância de que, todo e qualquer dano (patrimonial e não patrimonial), seja medida na sua extensão, para o fim de atribuir ao lesado, a título de indenização, o valor equivalente do prejuízo havido. Para configurar a precisão dessa ideia, a Constituição Federal de 1988 igualmente inseriu no seu texto a tutela dos danos extrapatrimoniais, ao assegurar "... o direito a indenização, pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, inciso X, da CF/88). De qualquer forma, o que se pretende institucionalizar a ideia de que todo e qualquer dano deverá ser objeto de indenização integral". p.150

conteúdo axiológico, capaz de assegurar uma análise mais acurada e distanciada dos mecanismos orientados em direção a uma aferição de bens econômicos⁷⁷.

Para tanto, de acordo com Clayton Reis, seria imprescindível que o julgador se posicione na condição da vítima, não bastando entender os mecanismos que concedem suporte fático as questões alusivas à reparação dos danos morais, pois seria imprescindível que o julgador vivencie, no plano dos valores em que o lesionado se encontra a extensão das ações que determinaram a consumação dos efeitos do ato lesivo⁷⁸.

Seguimos o entendimento de que o princípio da reparação integral dos danos não tem o seu campo de atuação limitado a restituição dos danos materiais, pois, mesmo a indenização no caso dos danos morais, sendo estabelecida pelo arbitramento do juiz, este tem que pautar a sua decisão na busca de que todos os danos sofridos pela vítima sejam reparados de forma integral e plena.

5.3 Princípio da Reparação Integral dos Danos e a Teoria da Perda de uma Chance

Conforme ensinamento do Cristiano Chaves de Farias, com o qual concordamos plenamente, a preocupação constitucional com a proteção avançada da pessoa humana e com a plena e integral responsabilidade dos danos serve como fonte justificadora da tese da perda de uma chance, embasando a sua admissibilidade, através da mitigação da dureza do nexos de causalidade e da redefinição do conceito de danos.

Dispondo, ainda, que essa captação de valores constitucionais, através da perda de uma chance, é a comprovação definitiva de que as situações subjetivas do direito privado devem ser analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como o corria com a Constituição Federal de 1988, é a teoria da perda de uma chance serve como fundamentação suficiente para explicar a ocorrência de um dano injusto, digno de reparação civil, com confluência da dignidade humana e da solidariedade social.

Flaviana Rampazzo Soares⁷⁹ afirma que a indenização a ser concebida a vítima deve ser fixada considerando um dano concreto, e não meramente hipotético. Dispondo que, além dos danos sofridos, imediatamente, em razão da conduta do ofensor, sendo este os danos atuais, deve, também, abranger a vantagem pecuniária que, razoavelmente, a vítima poderia perceber, segundo as suas condições normais de vida não fosse o evento lesivo. Desta forma, o ofendido deve ser indenizado pelo que

77 Ibidem

78 Ibidem.

79 SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

perdeu, na época do evento lesivo, inevitável ou previsível, deixou de ganhar ou vai perder, posteriormente, em razão disso.

Com isso, a autora defende a reparação dos danos decorrente da perda de uma chance, que é apresentado por esta como uma forma de lucros cessantes.

Como ensina Rafael Peteffi da Silva, na responsabilidade civil por perda de uma chance, na quantificação dos danos e para conceder a indenização, os juízes terão sempre de levar em conta a álea contida na chance perdida, dispondo, no que segue, que “deste modo, imperioso que a indenização concedida pela perda de uma chance seja sempre menor que a indenização concedida pela perda da vantagem esperada, caso a perda desta estivesse em relação de causalidade com a conduta do agente”⁸⁰.

Quanto a reparação dos danos pela perda de uma chance está sujeita ao princípio da reparação integral dos danos, afirma Rafael Peteffi da Silva⁸¹ que a reparação concebida sempre repara de forma integral as chances perdidas, sendo a perda de uma chance, para grande parte da doutrina e da jurisprudência que trabalham com a teoria, é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida.

Desta forma, embora a reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance seja inferior a vantagem esperada, esta se dá de forma integral, já que o chance perdida é inferior a vantagem que era esperada, sendo uma parcela desta que deve ser reparada.

Com isso, o princípio da reparação integral dos danos é um dos fundamentos para que os danos decorrentes da perda de uma chance sejam reparados, pois todos os infortúnios decorrentes da conduta, comprovado o nexo de causalidade, devem ser reparados pelo responsável.

6 CONCLUSÕES

Diante do exposto ao longo do trabalho, chegamos as seguintes conclusões:

1.O instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro não se limita aos dispositivos legais previstos expressamente nas legislações privadas, sendo também regido por princípios que emanam da constituição e das próprias leis cíveis.

2. Quanto a distinção entre princípios e regras, que enquanto nas regras a aplicação se dá no esquema tudo ou nada, no caso dos princípios, diante do caso

80 SILVA, Rafael Peteffi da. A Responsabilidade pela Perda de uma Chance. In DELGADO, Mário Luiz ; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). Questões Controvertidas no Novo Código Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 5. São Paulo: Método, 2006.
81Ibidem.

concreto, a sua aplicação se dá de forma graduada, levando em conta as circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

3. O princípio da reparação integral dos danos, hoje pedra angular da responsabilidade civil, revela-se uma conquista recente do ordenamento jurídico brasileiro. Embora a reparação integral dos danos já tenha encontrado respaldo na Constituição Federal de 1988, e nos princípios que regem o ordenamento jurídico, precisou o seu reconhecimento expresso no Código Civil de 2002 para por fim a qualquer dúvida quanto a sua existência.

4. Por meio deste princípio se reconhece não apenas que a reparação deve se medir pelo dano, mas também a possibilidade de reparação dos danos morais, a cumulação de reparação por danos morais e materiais, além de possibilitar a reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance.

5. O Princípio da Reparação Integral dos danos ganha grande relevância no campo da responsabilidade civil devido a importância dos danos, e por este instituto girar em torno da reparação dos danos sofridos pela vítima.

6. O princípio da reparação integral dos danos também é consagrado foi consagrado, antes mesmo do Código Civil de 2002, pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece, no art. 6º, inciso VI, como um dos direitos básicos do consumidor, o de efetiva reparação dos danos, sejam eles patrimoniais ou morais, individuais, coletivos ou difusos.

7. Para que uma decisão esteja de acordo com o mencionado princípio ela tem que atender estes dois limites, não podendo o valor definido como a indenização ser inferior aos danos sofridos pela vítima, ao mesmo em que não pode ser superior a este, para que não se converta em instrumento de enriquecimento sem causa da vítima.

8. Do princípio da reparação integral dos danos não se extrai apenas um limite mínimo do valor da reparação ou indenização, que não deve nunca ser inferior à extensão do dano, mas também apresenta que este valor nunca deve ser superior ao dano sofrido pela vítima.

9. Embora seja o princípio da reparação integral dos danos o que rege a quantificação do valor da reparação dos danos na responsabilidade civil, este não é absoluto, encontrando limites no próprio Código Civil, além de entrar em colisão com outros princípios diante do caso concreto.

10. Acreditamos que, embora sejam consistentes os argumentos contra a possibilidade de redução equitativa da indenização no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e os danos, e da força do princípio da reparação integral dos danos, que esta redução é totalmente plausível.

11. É totalmente possível a aplicação do previsto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil á responsabilidade civil objetiva, isto por ser a prova da culpa deixada de lado apenas no momento da configuração da responsabilidade civil, não sendo esta dispensada para o momento da quantificação dos danos.

12. A redução do valor da indenização observando a participação da vitima na causa do dano em nenhum momento se demonstra um limitador do princípio da reparação integral dos danos, mas sim torna este concretizado de forma mais plena, já que, como exposto, este determina que não pode ser reparado além dos danos.

13. A situação do responsável deve ser levado em conta no momento da definição do quantum indenizatório, pois da reparação dos danos não deve restar novos danos, sendo este do responsável que teve que arcar com reparação muito superior ao que pode suportar.

14. O princípio da reparação integral dos danos não se aplica apenas a responsabilidade extracontratual, mas também a decorrente do descumprimento de obrigações, sendo esta a responsabilidade contratual.

15. Uma das conseqüências da adoção do princípio da reparação integral dos danos no direito brasileiro é a possibilidade de cumular a reparação por danos morais e materiais, além de danos estéticos, em decorrência de uma mesma conduta lesiva. Isso decorre de se buscar a reparação de uma forma integral, independente da forma de danos que decorreu da conduta, e se desta decorreram, ao mesmo tempo, danos ao patrimônio material como danos a personalidade, estas duas espécies de danos devem ser reparadas.

16. O princípio da reparação integral dos danos não tem o seu campo de atuação limitado a restituição dos danos materiais, pois, mesmo a indenização no caso dos danos morais, sendo estabelecida pelo arbitramento do juiz, este tem que pautar a sua decisão na busca de que todos os danos sofridos pela vítima sejam reparados de forma integral e plena.

17. O princípio da reparação integral dos danos é um dos fundamentos para que os danos decorrentes da perda de uma chance sejam reparados, pois todos os infortúnios decorrentes da conduta, comprovado o nexo de causalidade, devem ser reparados pelo responsável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roger Silva. Art. 944. Parágrafo Único. In AGUIAR JR., Ruy Rosado (Org.). Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. 2.v.

AGUIAR JR., Ruy Rosado (Org.). Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. 2.v.

AMARAL, Francisco. A Equidade no Código Civil Brasileiro. In ALVIM, Arruda (Coord). Aspectos controvertidos do Novo Código Civil.

AMARAL JÚNIOR, Adalberto. O código de Defesa do Consumidor e as Cláusulas de Limitação da Responsabilidade dos Contratos de Transporte aéreo nacional e internacional. Revista dos Tribunais. Nº 759.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios jurídicos. 4ª Ed., Rev . 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. Dano Moral: Valoração do Quantum e Razoabilidade Objetiva. Revista de Direito Privado. nº. 25, ano 7, jan-mar. 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Coord). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direito Fundamentais e Relações Privadas. 3ª Ed., Rev . Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). Questões controvertidas no Novo Código Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil. São Paulo:Saraiva, 2008.

BRITTO, Marcelo Silva. Alguns Aspectos Polêmicos da Responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. In PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord). Novos Nomes em Direito Civil. Vol I, 2004, Salvador.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica – Resposta às Objeções de Humberto Ávila ao Modelo de Robert Alexy. Revista Trimestral de Direito civil. Vol 12, out/dez 2002. Rio De Janeiro: Padma, 2002.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Indenização por Equidade no Novo Código Civil. 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Indenização por Equidade no Novo Código Civil. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Ronnie Pneuss. Responsabilidade Civil e o Novo Código: Contributo para uma Revisitação Conceitual. São Paulo: Método, 2005. Série Grandes Temas de Direito Privado.

KFOURI NETTO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. Revista dos Tribunais. Ano 94. Setembro de 2005. vol. 839

KFOURI NETO, Miguel. Os artigos 944 e 945 do Novo Código Civil Brasileiro. Grau de Culpa e redução equitativa da indenização. 2003. Disponível em www.paraonline.com.br.

LEMOS, Paula M. F.. Ato ilícito e Reparação por dano. Vox Juris. Ano 2, v. 2, n.1, pág 41-84, 2009

LIMA, Taisa Maria Macedo de. Princípios Fundantes do Direito Civil Atual. In FIUZA, César (Coord). Direito Civil. Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. Vol II, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas e Bastos.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord). Princípios do Novo código Civil Brasileiro e outros temas. Em homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

MAGGI, Bruno Oliveira. Nova Proposta de classificação do Dano no Direito Civil.

MARMITT, Arnaldo. Perdas e Danos. 3ª.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Art. 944 do Código Civil: o Problema da Mitigação do princípio da Reparação Integral.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade Civil. Descumprimento do Contrato e Dano Patrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito das Obrigações. Teoria Geral e Responsabilidade Civil. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, Rafael Peteffi da. A Responsabilidade pela Perda de uma Chance. In DELGADO, Mário Luiz ; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). Questões Controvertidas no Novo Código Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

REIS, Clayton. Os Rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. SANSEVERINA, Paulo de Tarso V. Princípio da Reparação Integral dos Danos Pessoais. Jornal Carta Forense. Out – 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª Ed, Rev. Atual e Ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009

SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Interpretado. Volume XXI, 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005

VINEY, Geniviève. Traité de Droit Civil. Les Obligations. La Responsabilité: Effets. Paris: L.G.D.J., 1988.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Miranda do. A Perda de uma Chance de Cura na Responsabilidade Médica. Revista do EMRJ. V. 11, 2008.

SOARES, Fláviana Pampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil no Código Civil francês e no Código Civil Brasileiro (Estudos em homenagem ao bicentenário do Código civil francês). Revista dos Tribunais, ano 94, jan. 2005, vol 831.

VARIZAT, Andrés F. Daño futuro y principios de La reparacion integral: sus proyecciones prácticas em um reciente fallo Del Tribuna Superior de Justicia de Córdoba. Fonte: Apc 2010 6 638.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005

ZANCHIM, Kleber Luiz. Redução da Indenização na Responsabilidade Objetiva. Revista de Direito Privado. nº. 33, jan-mar. 2008, ano 9.

ANÁLISE DA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA, À LUZ DO OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Zuleide BARBOSA VILAÇA¹
Universidade Estadual de Maringá (UEM)

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, pelo mandado de segurança coletivo, ampliou a legitimidade ativa do mandado de segurança e a abrangência dos beneficiados, ao seguir evolução histórica mundial. O chamado *writ* coletivo tem rito breve e diferenciado para tutela *in natura*, combate atos estatais ilegais e abusivos e constitui meio cívico-processual de acesso à justiça e de economia processual, de forma preventiva ou repressiva. A nova lei do mandado de segurança mutilou aspectos do *mandamus* coletivo e, de forma inconstitucional, o engessou. Assim, esbarrou na garantia coletiva e cidadã contra o Estado, quando este age ilegal ou abusivamente. Mas, é possível uma releitura interpretativa desta lei, a fim de manter a efetividade do *mandamus* coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: *Mandamus* coletivo. Lei do mandado de segurança. Interpretação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The Federal Constitution followed international trends, about protecting supra-individual rights and increased active legitimacy, and the subject scope, benefited from the decision; so that, created the collective writ of *mandamus*. It is guarantee against illegal and abusive state action, with special summary proceeding protection, human, civic and procedural instrument to reach access justice and justice economy, a preventive or repressive writ, which protects rights *in natura* opportunity. The new writ of *mandamus* law dealt with collective writ of *mandamus*, in aspects against constitutional determinations. It can not happen; constitutional determinations about this writ was diminished by lower law, which feeds state powers against human rights, after all evolution in History. This work intends to propose exegetical solutions for this problem.

KEY WORDS: Collective *mandamus*. *Writ of mandamus* law. Interpretation. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal seguiu tendência internacional na tutela jurisdicional de direitos supra-individuais, fulcrada em causas políticas, sociais e jurídicas. Nesta seara, ampliou a legitimidade ativa, além da abrangência dos sujeitos beneficiados pela decisão no mandado de segurança, ao criar o mandado de segurança coletivo. Mas, foi singela ao dispor sobre ele, o que gerou dúvidas. Apesar delas, o *writ* coletivo seguramente constitui garantia do direito à contenção da atividade estatal ilegal e

¹ Professora de Filosofia do Direito e Instituições de Direito, de 2005 a 2008 na UEM – Universidade Estadual de Maringá, Doutoranda em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica - PUC-SP, Mestre em Direito das Personalidades pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR, membro do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, domiciliada na cidade de Maringá-PR, na Rua Santos Dumont, n. 2464, un. 82, CEP: 87.013-050, fone: (44) 3301-8916, (44) 8407-8913, e-mail: zuleidevilaca@uol.com.br, autora dos artigos *Efeito suspensivo dos recursos e manejo da medida cautelar e do mandado de segurança, a fim de suspender os efeitos da decisão recorrida; Tendências e transformações do processo civil Contemporâneo*, ambos na *Revista Jurídica Cesumar Mestrado, Qualis Capes B3*, ISSN – 1677-6402, v.1, p. 389 a 409 e v. 2, p. 385-408.

abusiva, com rito sumário especial para *tutela in natura*, instrumento cívico e processual, provedor de acesso à justiça e de economia processual, de forma preventiva ou repressiva.

Outros diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública forneceram meios diferenciados para tutela dos interesses coletivos *lato sensu*. A lei 12.016/09 tratou do mandado de segurança coletivo e mutilou deste aspectos essenciais. Assim, incorreu em inconstitucionalidade e engessou o *writ of mandamus* coletivo, de forma a reduzir infinitamente sua aplicação e abrangência.

Este trabalho científico justifica-se pelo perigo de o Estado, *todo poderoso*, por meio de mencionada lei, agrilhoar direitos fundamentais coletivos, conquistados a tão duras penas. Pretende, para tanto, buscar soluções exegéticas, para antinomias jurídicas criadas por referida lei, demonstrar a forma como os tribunais podem enfrentar o problema, de que maneira estes tem julgado e apresentar soluções jurídicas existentes.

2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

A humanidade atravessou longo período até que o conceito jurídico de pessoa fosse ampliado, pela singela razão de pertencer ao gênero humano, com atribuição e reconhecimento de direitos. Não muito longe registra-se a escravidão, quando pessoas eram consideradas “coisas”. Houve, também, a evolução do Estado e progresso nas diferentes valorações da pessoa humana. O Estado antigo, arcaico e absoluto mantinha os súditos subordinados a suas leis, com base em dogmas, como na justificação do Estado pelo temor a Deus, somente a quem o representante do Estado devia satisfações. Era o tempo da máxima *the king can do no wrong*.

Inúmeros pensadores se passaram, do porte de Platão, Santo Agostinho, Maquiavel, Rousseau, Montesquieu, Marx e outros, o mundo defrontou-se com duas guerras, até que o pensamento dominante global reconhecesse a necessidade de que o Estado e suas leis valorizassem primeiramente o ser humano, como condição para a paz e a ordem (PEREIRA, 2006, p. 38). Surgiram as Organizações Mundiais, que tem, hoje, a ONU, como principal representante e cujo tratado maior é a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, vinculante dos países signatários, dentre os quais o Brasil. A Declaração dispõe em seu artigo art. 7. “Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.” E, ainda, conforme o art. 8. “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

Esta Declaração vigora nos países signatários, ainda que lei local posterior a contradiga, salvo se esta conferir mais direitos do que os concedidos pelo compromisso internacional. O Estado brasileiro é signatário e adotou o Princípio da dignidade da pessoa humana, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III - "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana." Sob o Título II, como direitos e garantias fundamentais, a CF prevê no Capítulo I, art.5º, os direitos e deveres individuais e coletivos, que orientam o Estado democrático de direito, ao elencar os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros; além das garantias fundamentais. De acordo com Ana Paula Barcellos (2002, p. 23) "os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática. (...) a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado."

Ao crescimento das tarefas dos Poderes Executivo e Legislativo, no Estado de bem estar social, corresponde o fortalecimento do controle, a ser exercido pelo Poder Judiciário, sobre atividades e omissões praticadas pelos representantes dos dois primeiros poderes. O Poder Judiciário tem como vantagens institucionais, em relação aos outros poderes, a *relativa independência política*, que o habilita a corrigir os erros dos demais e aplicar critérios democraticamente escolhidos, presentes na Constituição e nas leis, para a solução de conflitos.

A princípio, o chamado *remédio heróico* nasceu para fortalecer direitos individuais e sociais; posteriormente, veio garantir direitos coletivos. É fruto das Revoluções Francesa (MALUF, 2007, p. 115), de 1789 e Americana, de 1776 (TEMER, 1995, p. 173). A primeira, no plano político-ideológico foi imprescindível, como marco em favor das liberdades públicas e contra os arbítrios reinantes da época. No entanto, a Europa não adotou, desde logo, remédio contra abusos estatais, evoluiu mais lenta e teoricamente. Os Estados Unidos da América, por sua vez, foram pioneiros nas práticas contra os desmandos do poder público e influenciaram o atual sistema coletivo brasileiro, embora seja recente a tutela coletiva no Brasil. A *class action* norte-americana uniu membros em questões comuns, menores e tipificadas, ao economizar e uniformizar soluções em juízo, como em situações que, individualmente, não possuem relevância, como a cobrança de uma taxa, com valor majorado em centavos, mas que assumem grandes proporções, quando analisadas em conjunto.

Em solo pátrio, surgiram as leis da Ação popular, lei n. 4.717/1965, da Política Nacional do Meio Ambiente, lei n. 6.938/1981, que legitimou o Ministério Público para indenização ambiental; a Lei nº 7.347/85 - da Ação Civil Pública habilitou autônomos para defesa coletiva e a Lei n. 8.078/90 instituiu o Código de Defesa do Consumidor. A Constituição Federal de 1988 positivou direitos ao meio ambiente, ao patrimônio público, à previdência social, à cultura, à educação, à saúde, da população indígena, da criança e do adolescente, do consumidor, etc. No Título II, Capítulo I, a Carta Magna tratou dos “Direitos e Deveres Individuais e “Coletivos”. Todos estes ascenderam a direitos fundamentais (BENJAMIN; ALMEIDA, 2010, p. 11 e ss.), auto-aplicáveis, conforme o § 1º, do art. 5º, da CF: *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata*. E a CF previu o *mandamus* coletivo, no art. 5º, LXX, o qual dispõe que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: *a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*

3 AÇÃO COLETIVA

O chamado *writ* coletivo funda-se, principalmente, em questões de acesso à justiça e economia processual. Certamente, o exame de um processo coletivo será mais célere e melhor analisado do que inúmeras demandas individuais, o que corrobora a garantia constitucional à razoável duração do processo, recentemente positivada (Art. 5º, LXXVIII, da CF). Além disso, várias ações individuais, em lugar de uma coletiva, podem receber decisões diversas, o que, claramente, ameaça a segurança jurídica.

O *mandamus* coletivo, como ação coletiva, não segue regras adjetivas do Código de Processo Civil, aplicáveis às ações individuais. Os efeitos daquele se espraiam aos beneficiários da decisão e não só *àqueles que atuam* no processo. Apesar disso, tal instrumento tem a mesma natureza do mandado de segurança individual, que surgiu com a Constituição de 1934. A CF/88 dispõe sobre o objeto material do mandado de segurança, o *direito* à segurança (art. 5º, LXIX); enquanto a Constituição de 1969 dizia *direito individual à segurança*. Ainda, o inciso LXX, do mesmo artigo, tutela a legitimidade ativa coletiva do mandado de segurança; este chamado mandado de segurança coletivo. Deduz-se daí que, conforme a CF atual, a natureza do mandado de segurança atende aos interesses individuais e coletivos.

Assim, o inc. LXX, no art. 5º, da CF atual prevê a legitimação ativa do instrumento coletivo. De acordo com (NERY JUNIOR, n. 57, p. 150): “é o mesmo

mandado de segurança do inciso LXIX do art. 5º da CF de 1988”. Para o autor, foi criada, ao lado do mandado de segurança tradicional, outra “hipótese de legitimação para a causa.” Por isto, os requisitos para sua concessão continuam os mesmos do art. 5º, LXIX da CF, quais sejam, na letra constitucional *direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data e ilegalidade ou abuso de poder em ato praticado por autoridade pública, no exercício de atribuições do Poder Público*. Ao contrário, (BUZAID, 1989, p. 04) afirmou ser instituto novo no ordenamento pátrio; e que, entre o individual e o coletivo, há pontos comuns e discrepantes.

Conforme mencionado, o *writ* coletivo não segue regras do Código de Processo Civil, aplicáveis às ações individuais. Antes do surgimento da Constituição Federal de 1988, que previu o remédio heróico coletivo, a Lei nº 7.347/85 - da Ação Civil Pública e a Lei n. 8.078/90 instituiu o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras leis, formaram o microssistema instituidor do processo coletivo. Senão, façamos uma inserção nele, com o objetivo de nos inteirar dos conceitos essenciais ao processo coletivo.

3.1 O Microssistema Coletivo

Em direitos coletivos, há graus de coletivismo: dos mais espalhados aos mais restritos, até os interesses individuais, que, se homogêneos, podem receber tratamento coletivo. Os direitos coletivos *lato sensu* abrangem os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. O Código de Defesa do Consumidor, no § único, I a III do art. 81, dá conceitos gerais, aplicáveis às relações de consumo (art. 21, da Lei 7.347/1985) e às tutelas coletivas, o que se corrobora com o artigo 21, da Lei 7.347/1985, Lei da Ação civil pública.

O CDC, no § único do art. 81, usou o critério *subjetivo* para aferir a titularidade do direito material; *objetivo*, para deduzir a divisibilidade ou não do direito material e o critério de *origem*, isto é, se o direito deriva de situações fáticas ou jurídicas. Os direitos difusos tem *transindividualidade* muito ampla; sujeitos indeterminados/indetermináveis; pelo critério *objetivo* tem ampla indivisibilidade e indisponibilidade; no critério *de origem*, vínculo fático une os sujeitos. *Difuso* é fluido, sem liame jurídico entre as pessoas do grupo, ligadas por circunstâncias de fato, como, *v.g.*, morar na mesma região, respirar ar puro, consumir determinado produto.

Nos direitos coletivos *stricto sensu*, há *transindividualidade* restrita ao grupo, categoria ou classe; determinabilidade dos sujeitos; relação jurídica que une as pessoas entre si, ou com a parte contrária. Já nos direitos *individuais homogêneos*, há direitos individuais lesados, ou em via de o serem. São direitos homogêneos pela

origem comum (art. 81, do CDC), individuais e que podem ser tratados coletivamente, como individuais homogêneos (WATANABE, 1987, p. 806).

Segundo este autor, a origem comum pode ser de fato e de direito e não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. Exemplifica com vítimas de publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa, em repetidos dias, de um produto nocivo à saúde, adquirido em largo espaço de tempo e em várias regiões tem, como causa dos danos, fatos homogêneos, que os tornam a origem comum dos danos.

Os direitos individuais homogêneos são fruíveis individualmente, mas, por sua amplitude, podem ser tratados coletivamente. Pelo critério *subjetivo*, são direitos de pessoas individualizadas; e se indeterminadas, são determináveis. Pelo critério *objetivo*, são divisíveis e distinguíveis entre os titulares. Ex: direitos decorrentes da compra, por pessoas determináveis, de veículos de uma marca, ano e série, com defeito de fabricação; direitos da lesão ecológica. Dentre os direitos coletivos *lato sensu*, os mais pleiteados por via de segurança coletiva são os direitos individuais homogêneos. Apesar disso, também cabe para interesses difusos ou coletivos, embora, vários autores não aceitem o *writ* coletivo para direitos difusos.

A Lei da Ação Civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 83, admitem todas as espécies de ações, para direitos coletivos *lato sensu*: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

4 GENERALIDADES E CONCEITUAÇÃO DO WRIT COLETIVO

Com brilhantismo, GRINOVER (v. 15, p. 96-101) aponta no *writ* ação constitucional, já que delineado pela CF (art. 5º, XXXV) e não simples meio de acesso ao Poder Judiciário. A autora registra sua eficácia nos seguintes pontos: *a)* Através dele, a Constituição firma o princípio da inviolabilidade do direito *líquido e certo* e afasta a ilegalidade ou abuso de poder. *b)* Por proteger direito *líquido e certo*, a Lei Maior impõe ao *writ* um procedimento abreviado. *c)* Promete um provimento que elimine ou evite a lesão e que restaure o direito (tutela *in natura*).

Identifica nele, ainda, remédio preventivo e repressivo, contra atos ilegais e abusivos do Poder Público, ao invés de simplesmente permitir a realização do ato para requerer posterior indenização. O instrumento revela a força de uma civilização que conquistou um Estado de direito, após coronelismos e caciquismos que predominavam na América Latina; que adotou o civismo e o senso jurídico (WALD, 1968). Apontam Canotilho e Leite (2007, p. 356) cláusula pétrea no mandado de segurança, já que o art. 60, § 4º, da CF determina serem os direitos e garantias constitucionais

insuscetíveis de modificações, ainda que por emendas constitucionais. Assim, tais garantias têm *eficácia potenciada*, social e política.

O termo “coletivo”, do inciso LXX do art. 5º, foi usado diversamente das expressões ‘difusos e coletivos’ do art. 129, III. Aquele não se refere ao interesse ou direito visado pelo mandado de segurança, mas a um instituto com titularidade ativa diversa do tradicional. Assim, “mandado de segurança coletivo é o mesmo previsto no inciso LXIX do art. 5º da CF de 1988, com a peculiaridade de que a *legitimatio ad causam* para sua impetração é conferida a entidades e partidos políticos com representação no Congresso Nacional” (legitimação coletiva). Para NERY JUNIOR (n. 57, p.150) o instituto presta-se “à defesa de interesses individuais, difusos e coletivos”.

O objetivo do processo é a solução da lide; no mandado de segurança coletivo é deter o ato ilegal ou abusivo, de autoridade pública ou equiparado, (art. 5º, LXIX, da CF/88) contra direito líquido e certo dos beneficiados. Conceitua (ZANETTI JUNIOR, 2001, p. 53) esta garantia, ao observar que “movimenta o judiciário para o controle dos atos da Administração, por legitimados que, não necessariamente, correspondem ao titular do direito material, para defesa de direitos que têm uma configuração coletiva” (coletivamente considerados). Explica (NUNES, 1987, p. 47) que por via do *mandamus* coletivo se resolve a relação de direito público, traduzida no dever legal da autoridade e o direito correlato de se lhe exigir esse dever; ainda que esteja em causa o direito privado, se este foi atingido pela ilegalidade. Qualquer direito pode ser ferido pelo excesso de poder da autoridade, por comissão ou omissão. A partir daí, se impetrado o *writ* e ficar demonstrado o direito líquido e certo, deve ser a segurança concedida.

Para (MEIRELLES, 1985, p. 28), *o direito, quando existente, é sempre líquido e certo. Assim, líquido e certo deve ser o fato, o qual precisa ser previamente demonstrado como tal, a fim de obter provimento.* O direito, para ser amparado por mandado de segurança, há de vir expresso na lei e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Segundo (PONTES DE MIRANDA, 1953, p. 81): “Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso.” *Direito líquido e certo*” significa documentalmente comprovado; isto é, a prova do fato alegado deve ser pré-constituída. Se necessárias outras provas para o convencimento, a segurança deverá ser denegada e o pedido será analisado em outra sede.

No mencionado remédio coletivo, o pedido não pode ser genérico e as relações jurídicas devem ser definidas, mas, não urgem ser demonstradas na inicial, como em litisconsórcio ativo. Com a situação jurídica padrão dos beneficiários, haverá o modelo para a definição da situação de cada um (GRECO FILHO, 1989, p. 311).

Para o STF, o direito pleiteado via heróica não precisa ser peculiar da classe ou categoria. Há quem entenda ser possível associações e sindicatos indicarem nos estatutos finalidades institucionais secundárias (NERY JUNIOR; NERY, 2001, p. 573).

A via mandamental coletiva exige um caso concreto; um ato ilegal ou abusivo, praticado por autoridade (Súmula 266 do STF). Mas, pode-se, incidentalmente, alegar questões constitucionais - como em qualquer ação na qual se invoque a inconstitucionalidade de norma como *causa petendi*, que necessita, obrigatoriamente, de um caso concreto. O parágrafo único do art. 3.º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado por Ada Pellegrini Grinover, em versão alterada com sugestões do professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, dispõe: "Art. 3.º (...) Parágrafo único: Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso."

Em ações coletivas, o caso *concreto* difere um pouco do significado da mesma expressão nas ações individuais. No mandado de segurança individual, deve ter havido a lesão ou ameaça. Conforme a alínea a), LXX, do art 5º, da CF, para o *writ* coletivo, há amplitude maior e se diz que a lesividade é presumida. Com base na alínea b), o TRF da 2ª Região, concedeu à OAB-RJ, o *writ* coletivo contra ato de autoridade do Tribunal, pelos *efeitos concretos de ato normativo* perturbador da prestação judicial e violador de direitos dos advogados.

5 ALTERAÇÕES PREVISTAS NA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

O inciso LXX do art. 5º da CF, ao prever o mandado de segurança coletivo, refere-se, exclusivamente, a sua legitimidade ativa. A singeleza desta previsão na CF gerou várias dúvidas, que, infelizmente, não foram esclarecidas com a edição do novo conjunto de normas sobre o mandado de segurança, lei n. 12.016/09, ao dispor sobre o remédio heróico coletivo nos arts. 21 e 22. Por esta razão, faz-se necessária a análise cuidadosa deste estatuto, à luz da Constituição Federal e seu sistema normativo coletivo, a fim de evitar, ao máximo, antinomias jurídicas.

O novo Estatuto do mandado de segurança seguiu orientação que nega haver direito líquido, certo e documentado para um grupo indeterminado de pessoas (ARAÚJO; MEDINA, 2009, p. 36) e, assim, cingiu o objeto do *writ* coletivo, ao atribuí-lo apenas aos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (art. 21, § único e incisos).

E com o mesmo fito restritivo, no art. 21, minorou a legitimidade ativa dos partidos políticos apenas à defesa dos interesses dos seus integrantes, ou à finalidade partidária, *ipsis literis*: *O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por*

partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”...

6 OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

6.1 A Constituição Federal

Como requisitos para a concessão do mandado de segurança coletivo, o art. 5º, no inciso LXIX da CF, exige violação de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em razão de ato de autoridade. No LXX, do art. 5º, ela determina o rol dos legitimados ativos. Ao prever o mandado de segurança coletivo, a Lei Magna não o fez para restringir seu acesso, de forma que os entes legitimados defendam só direitos dos seus associados, ou os coletivos de uma categoria ou grupo de pessoas. O objetivo constitucional foi estabelecer regra de legitimação ativa para a causa, de modo a ampliar ao máximo o acesso à ordem jurídica. Conforme já mencionado, o art. 5º, incisos LXIX e LXX da CF não restringe categoria(s) do direito coletivo *lato sensu* “líquido e certo” à segurança. Em licenciamento ambiental, *v.g.*, se os fatos aferirem-se por documentos, pode ser essencial impetrar a via coletiva na tutela de direitos difusos.

A legitimidade *actio* dos partidos políticos foi concedida pela CF e só por esta poderia ser delimitada; como ocorreu na alínea a), do mesmo artigo e inciso, que legitimou *apenas* partido político *representado no Congresso Nacional*. A nova lei, no art. 21 enuncia “finalidade partidária”, ao delimitar as possibilidades de impetração do *mandamus* coletivo. Conforme o art. 17 da CF *é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana...*” Assim, constituem finalidades partidárias a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, autenticidade do sistema representativo e direitos fundamentais da pessoa humana. Partidos não se prestam apenas a jogos políticos.

Na impetração do *writ* coletivo pelos partidos políticos, esclarece (AFONSO DA SILVA, 1993 p. 142), “a função deles (dos partidos) vai além, pois existem para propagar determinada concepção de Estado, de sociedade, de governo, que intentam consubstanciar pela execução de um programa”. Assim, a legislação ordinária não pode inferiorizar algo, contrariamente à ordem constitucional. É possível até aumentar o rol de legitimados ativos, além dos previstos na CF, como se faz pelo microsistema da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, por princípios de acesso à justiça e da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva. (Além disso, os partidos têm natureza jurídica de associações e também podem representar os

filiados). Mas, não pode a legislação *infraconstitucional* estreitar a legitimidade ativa, como fez a nova lei do Mandado de Segurança, que incidiu em inconstitucionalidade.

Decisão do STF (BRASIL, ADIn 1.407-2-DF) reconheceu nos partidos “corpos intermediários, posicionando-se ante as sociedades civil e política, ao concorrer para a formação da vontade política do povo.” Esta decisão apontou nestes legitimados “a condição de legitimados ativos universais” para o exercício do poder de iniciativa, ao processo de fiscalização abstrata, em face de atos estatais revestidos de qualquer conteúdo normativo.

Pelo art. 1º da Lei dos Partidos políticos, Lei n 9.096/95, “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na CF”. Assim, os filiados são instrumentos das bandeiras partidárias; não seu objeto, como são os membros da coletividade. A razão da legitimidade dos partidos para o *writ* reside na sua *função política*; por isto, só aqueles partidos representados no Congresso podem impetrá-lo. Não basta aos partidos legitimação para a tutela dos interesses coletivos e individuais. Eles aspiram ampla legitimidade, para concretizar seu objetivo, constitucionalmente traçado. E precisam de legitimidade para defesa de interesses coletivos *lato sensu*, ainda que de não filiados. Desta forma, há inconstitucionalidade na redução do objeto do *writ* pelo art. 21, § único da lei, que excluiu a possibilidade de defesa dos direitos difusos pelo remédio heróico coletivo. Urge seja aplicado o mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos.

Ainda, a garantia coletiva tem a vantagem da brevidade de rito e da tutela *in natura*, preventiva, ou repressivamente e tem a peculiaridade de só ser aplicável contra atos ilegais e abusivos de autoridade, razão pela qual a impossibilidade de tutelar os direitos difusos seria severamente prejudicial à coletividade. Pelo exposto, pelas inconstitucionalidades aferidas na nova lei, deve ser utilizado para o remédio coletivo, o microssistematiza coletivo, que autoriza a utilização da via heróica coletiva, para a defesa dos direitos difusos. Defende (MAZZILLI, 2010, p. 151) a interpretação extensiva, para que, *v.g.*, o meio ambiente do trabalho (direito difuso) possa ser defendido por organização sindical.

As Constituições destinam-se a resguardar direitos contra o Poder Público; isto, por si só, é uma diretriz suficiente para interpretar a Constituição no sentido de que entre os objetos do mandado de segurança coletivo, estão os direitos difusos.

7 PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO APLICÁVEIS AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

7.1 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional prevê na CF, art. 5, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." Ele lança seu conteúdo sobre todo o ordenamento jurídico e deve ser observado pelo legislador, ao elaborar as normas, pelo doutrinador, ao teorizar e debater a ordem jurídica e pelo magistrado, ao aplicá-la no caso concreto. Verifica-se reiterado desrespeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, principalmente, das classes sociais menos favorecidas, que representam a maioria no Brasil e não possuem, muitas vezes, condição econômica e informação suficientes para defenderem a sua cidadania. É frequente a desobediência a estas normas e a conseqüente necessidade do mandado de segurança.

Dissertou Kazuo Watanabe sobre a questão (1985, pág. 99), *apud* Mauro Cappelletti, que a característica mais marcante dos direitos fundamentais é o fato de estarem:

in realtà permeati di un valore che trascende lo uomo singolo e investe tutta intera la società, de sorte que à sua ilegítima violação `se sentono in modo diretto colpiti i tutti i cittadini e non quelli soli, che immediatamente siano interessati: colpiti in quel loro diritto di libertà, che è in fondo uno solo (o meglio sta alla base, è la causa, di tutti i diritti): aspetta ad ogni uomo e la sua lesione lede ciascuno.

E acrescentou que essa relevância ultra-individual dos direitos fundamentais reclama uma tutela adequada, diferenciada e reforçada, que, possibilite uma reparação direta e não pela via indireta do equivalente. Extrai-se do art. 5o, XXXV, da CF não apenas o significado de que a todos é assegurada a possibilidade de ingresso em juízo (acesso ao Poder Judiciário). Impõe reconhecer incrustada no conteúdo deste preceito a garantia de efetiva realização judicial do direito substantivo (acesso à justiça), conforme a moderna ciência processual. Conseqüentemente, busca assegurar o acesso ao Poder Judiciário no significado de que esse acesso seja, efetivamente, à ordem jurídica justa, na feliz expressão do autor. E o mandado de segurança coletivo, como instrumento coletivo, adequado à proteção dos direitos subjetivos, atende ao princípio constitucional.

Os atos administrativos ficam sob o controle da atividade jurisdicional do Estado, por força do art. 5º, XXXV, da CF, o que representa a grande virtude dos Estados de Direito, sem que por isso haja qualquer comprometimento da harmonia entre os Poderes, muito antes pelo contrário.

7.2 Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito do Processo Coletivo

O *mandamus* configura ação coletiva e não segue regras processuais aplicáveis às ações individuais. Seus efeitos se espraiam aos beneficiários da decisão e não só *àqueles que atuam* no processo. Apesar disso, tal instrumento não tem natureza diversa do mandado de segurança individual, que surgiu com a Constituição de 1934. A CF/88 dispõe sobre o objeto material do mandado de segurança, o *direito à segurança* (art. 5º, LXIX); enquanto a Constituição de 1969 dizia *direito individual à segurança*. Deduz-se daí que, conforme a CF atual, a natureza do mandado de segurança atende aos interesses individuais e coletivos.

Com a Carta Maior de 1988, o juiz deixou de ser julgador apenas de demandas individuais e por meio da jurisdição coletiva, terá mais condições de julgar demandas sociais e realizar os preceitos democráticos, exigidos pelo Estado democrático de direito. O Poder Judiciário, guardião dos direitos e garantias sociais fundamentais, pelo *Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*, é dotado de real pretensão em conhecer as razões do processo coletivo, a fim de cumprir a função de pacificar com justiça. Assim, poderá flexibilizar requisitos de admissibilidade da demanda processual.

Mas, tal interesse implica na pretensão de “resolução do conflito coletivo, de sorte a atender aos fundamentos e aos objetivos do Estado Democrático de Direito, estabelecido nos arts. 1º e 3º da CF” e não a propensão de julgar a favor deste ou daquele demandante. O *writ* coletivo constitui instrumento cívico-processual, por garantir a participação popular na gestão da coisa pública, através da concessão de legitimidade a associações, sindicatos, ao Ministério Público e outros para tutelar interesses metaindividuais (ALMEIDA, 2007, p. 24).

8 CONCLUSÕES

O mandado de segurança coletivo é uma das espécies mais importantes, do gênero ações coletivas. Possui os requisitos do mandado de segurança individual e legitimidade autônoma para a condução do processo. Sua eficácia consiste em assegurar a inviolabilidade do direito líquido e certo, afastar a ilegalidade ou abuso de poder, gozar de procedimento abreviado que elimine ou evite a lesão e que restaure o direito (tutela *in natura*).

A nova lei do Mandado de Segurança, ao regulamentar o *writ* coletivo, cingiu o objeto deste, ao atribuí-lo apenas aos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (art. 21, § único e incisos). Também, ao minorar a legitimidade ativa dos

partidos políticos apenas à defesa dos seus integrantes, ou à finalidade partidária, problema que pode, no entanto, ser sanado.

Os principais meios de efetividade do mandado de segurança coletivo não se encontram na nova lei, mas no *microsistema* jurídico das ações coletivas. Mediante uma interpretação sistemática, é possível afirmar que todos os legitimados do artigo 21 da lei, estão aptos a tutela de direitos difusos. Todavia, salvo os partidos políticos que por sua natureza possuem legitimidade, o restante dos entes só terá legitimidade se o direito líquido e certo violado tiver pertinência temática com seus fins institucionais.

A nova lei não incluiu o Ministério Público para impetrar o remédio coletivo; mas, este rol é apenas exemplificativo. Cabe ao Judiciário interpretar o rol *conforme o sistema constitucional*; não só pelo dispositivo constitucional. É polêmica a legitimidade deste agente para tutela de interesses individuais homogêneos, mas, ela tem se firmado no STJ.

As ações coletivas são garantias fundamentais, constitucionalmente asseguradas; assim, é necessário ao intérprete potencializar seu alcance. O controle judicial da legitimidade ativa, nas demandas coletivas, deve se dar pela pertinência temática, conforme os fins institucionais do autor coletivo.

Por todo o exposto, só seriam consentâneos com a Lei Magna e com os Princípios aplicáveis ao processo coletivo, a norma e a exegese que extraíssem do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e de efetividade. Então, para a interpretação correta da nova lei do mandado de segurança sobre o *writ* coletivo deve-se preferir a tutela jurisdicional e a legitimidade com maior amplitude possível, além da redução de custos, a possibilidade de tutelar direitos coletivos *lato sensu*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar, *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo, Editora Saraiva, 1991.

ADIN n. 4.296 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil contra a Lei n. 12.016/09.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2007.

ALVIM, Eduardo Arruda, *Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo*, in www.arrudaalvim.com.br, obtido em 21.01.2011.

ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de segurança individual e Coletivo – Comentários à lei 12.016, de 07 de agosto de 2009*, São Paulo, Editora RT, 2009.

ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65:45.

_____. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 23:111.

_____. Tutela jurisdicional do meio ambiente. *Revista do advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo*. Direito ao meio ambiente, São Paulo: AASP, n. 37, set. 1992.

ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, Editora RT, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1993.

_____. *Mandado de segurança*. Obra coletiva coordenada por Aroldo Plínio Gonçalves. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996.

_____. As novas dimensões do mandado de segurança, *Seleções Jurídicas ADV/Coad*, abr. 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo*. RT/Fasc. Civil, vol. 895, pp. 31 e ss, 2010.

BULOS, Uadi Lamêgo, *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella, *A nova lei do Mandado de Segurança*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. (Do mandado de segurança individual). São Paulo, Editora Saraiva, vol. I, 1989.

_____. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo, Editora Saraiva, 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O mandado de segurança coletivo e suas características básicas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 316:35.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Editora Sergio Antônio Fabris, 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes, LEITE, José Rubens Morato, *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2007.

CARPI, Federico. *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*. In: Rivista Trimestrale de Diritto e Processo Civile, Milano, Dott. A. Giuffrè, v. XXXIV, 1980.

CASTRO, Nunes. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1967.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.

DANTAS, David Diniz. (1994). *Mandado de segurança coletivo*. Obra inédita. Dissertação de mestrado. USP.

ESTAGNAN, Joaquin Silguero.(1995). *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid: Editorial Dykinson.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. (2010). *Hermenêutica*. São Paulo, Editora Malheiros.

FERNANDES, Luciano. *Mandado de segurança coletivo: visão sobre a Lei 12.016/2009*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 01 jan. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=19> Acesso em: 15 set. 2011.

FERRAZ, Sérgio (Coord.). (1984) *Cinqüenta anos de mandado de segurança*. Porto Alegre, Editora Sérgio Antônio Fabris e Instituto dos Advogados Brasileiros.

_____. Mandado de segurança (individual e coletivo). Aspectos polêmicos. São Paulo, Editora Malheiros, 1996.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, et al, *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança - Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo, Editora RT, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional da liberdade - direitos individuais na Constituição de 1988: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. *Revista de Processo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 57:96.

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 58:74.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, Editora Malheiros, 2005.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses difusos em juízo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*, 16. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo, Editora Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de segurança*. Obra coletiva coordenada por Aroldo Plínio Gonçalves. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996.

_____ *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, Repro 61/188*.

_____ *Tendências contemporâneas do direito processual civil. Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 31:199.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Ação civil pública no processo do Trabalho. In MILARÉ, Edis (coord). Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos, 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.*

_____ *Mandado de segurança coletivo. Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 57:150.

_____ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____ *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997.

NUNES, Castro, *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. *Interesse processual e mandado de segurança coletivo*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56/74.

ORIONE NETO, Luiz. *Liminar no processo civil e legislação processual civil extravagante*. São Paulo, Editora Método, 2002.

PEREIRA, Bruno Yepes, *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

PICANÇO, Melchiades. *Mandado de segurança: história, doutrina, legislação, processo, jurisprudência*. Rio de Janeiro, Editora Livraria Jacintho, 1937.

PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. 4. Rio de Janeiro, Editora Henrique Cahen, 1953.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Mandado de segurança individual e coletivo, legitimação e interesse*. Porto Alegre: Ajuris 45:25.

SIDOU, J. M. Othon. *As garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Editora Malheiros, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Mandado de segurança - meio idôneo para a defesa de interesses difusos? Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 60:137.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo, Editora Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de segurança coletivo na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 89:36.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo, Editora Malheiros, 1995.

TORNAGUI, Hélio *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo, Editora RT, 1974.

5

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action* e mandado de segurança coletivo. São Paulo, Saraiva, 1990.

VILAÇA, Zuleide Barbosa, Tendências e transformações do processo civil contemporâneo. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v.2, n.1, p. 385-408.

WALD, Arnold. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1968.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais*, RT, 1985.

ZANETI Junior, Hermes. *Mandado de segurança coletivo - aspectos processuais controversos*. Porto Alegre, Editora Sergio Antonio Fabris, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. *Revista Forense*, vol. 329, 1995.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PRIVADO

THE PROTECTION OF THE PERSONALITY RIGHTS IN THE PRIVATE SCOPE

Stênio Ferreira Parron¹

Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina

RESUMO: O presente trabalho visa analisar os meios de proteção dos direitos da personalidade no âmbito privado. Inicialmente foi buscada a fonte de toda a proteção destinada a tais direitos. Posteriormente, foi examinada a forma como o Código Civil viabiliza a defesa dos direitos da personalidade entre os particulares. Foram analisados tantos os meios de tutela preventivos como os reparatórios dos direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção. Âmbito privado. Direitos da personalidade. Prevenção. Reparação.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the ways of protection the personality rights in the private scope. Initially the source of all the protection destined to such rights was searched. Later, the way the Civil Code makes possible the defense of the personality rights between the particular ones was examined. The preventive ways of guardianship had been analyzed as much as the reparatory right of the personality.

KEY-WORDS: protection, private, personality rights, prevention, repairing.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade vêm ganhando, nos últimos anos, grande destaque no meio jurídico. Isto porque tais direitos são essenciais para o seu titular: o ser humano².

Neste sentido, CUPIS:

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos

¹ Mestrando em Direito pelo CESUMAR, graduado e especialista em Direito pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente, é advogado e professor no Curso de Direito da Facinan - Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina.

² Os direitos da personalidade estão ligados à personalidade da pessoa natural. Contudo, existe discussão sobre a possibilidade de as pessoas jurídicas serem titulares de alguns direitos da personalidade. Entendemos, contudo, que as pessoas jurídicas não podem ser titulares de direitos da personalidade, justamente, por não serem seres humanos. Porém é necessário observar que, muito embora, não sejam titulares de direitos da personalidade, as pessoas jurídicas recebem proteção do ordenamento jurídico no que toca a reparação de danos extrapatrimoniais. (BELTRÃO, Sílvio Romero. **Os direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 96).

essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade.³

Desta forma, os direitos da personalidade constituem o próprio ser humano, razão pela qual ostentam a qualidade de direitos essenciais.

No entanto, torna-se importante para a compreensão do tema em destaque uma definição sobre direitos da personalidade.

Pois bem, partindo de uma visão *jusnaturalista*, concordamos com o conceito apontado por BITTAR, senão vejamos:

Os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana.⁴

Os direitos da personalidade são expressões físicas e psíquicas da pessoa humana, decorrentes de sua personalidade, tais como: a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a imagem, o nome.⁵

Como se nota, tais direitos decorrem da simples condição humana⁶; assim, todo ser humano é titular dos direitos da personalidade. Tratam-se, portanto, de direitos inatos do ser humano.

A proteção dos direitos da personalidade ocasiona a proteção reflexa aos outros direitos subjetivos dos seres humanos. Note-se, a título de exemplo, que de nada adiantaria o ordenamento jurídico criar inúmeras regras em defesa ao direito de propriedade se não fosse garantido ao seu titular o direito à vida ou à integridade física.

É importante destacar que os direitos da personalidade não podem ser enumerados exaustivamente, uma vez que eles surgem do próprio desenvolvimento e aprimoramento dos seres humanos. Fala-se, neste sentido, que os direitos da personalidade são ilimitados.⁷

Em decorrência desta característica dos direitos da personalidade (ilimitabilidade) optar-se-á por uma abordagem geral da tutela de tais direitos, sem nos preocuparmos com a sua tutela específica em cada uma das diversas situações possíveis.

³ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 24.

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 6.

⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

⁶ O nascituro, assim entendido aquele ser concebido, mas não nascido, tem um tratamento especial, sendo, a nosso juízo, titular de direitos da personalidade desde a concepção.

⁷ Nesta linha: "A identificação desta característica é contemporânea é coerente com a concepção da existência não de um único direito geral, mas de tantos direitos específicos da personalidade quantos lograssem acolhida na consciência da sociedade e paulatino reconhecimento e tutela pela ordem jurídica e legal." (CAMBLER, Everaldo Augusto; BARRETO, Wanderlei de Paula; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; TERRA, Marcelo. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1, p. 116).

Desta forma, neste trabalho será analisado o fundamento jurídico da proteção destinada aos direitos da personalidade, bem como a forma pela qual o Código Civil tutela tais direitos.

2 O SUBSTRATO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A proteção aos direitos da personalidade, em nosso ordenamento jurídico, inicialmente, se limitava à esfera penal. Isto porque apenas existiam normas tipificando como crime certas condutas que violavam direitos da personalidade.

O primeiro ordenamento jurídico aplicado em nosso país foram as Ordenações Manuelinas, pois na época da colonização era esse o ordenamento vigente em Portugal⁸. Tais Ordenações e, inclusive as que a sucederam, regulavam, dentre outros crimes: o homicídio, as ofensas corporais, as cartas difamatórias.

Como se verifica, não existia uma preocupação específica com os direitos da personalidade que recebia uma proteção apenas reflexa.

Tal panorama foi, paulatinamente, sendo alterado⁹, alcançando o seu ápice apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, marco indelével na proteção dos direitos da personalidade em nosso país.

A Constituição Federal não possui uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade como ocorre em outros ordenamentos jurídicos.¹⁰

No entanto, muito embora não exista a referida cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, a CF/88 protege a personalidade por meio de um sistema misto, ou seja, apresenta um aspecto geral de proteção ao lado de um sistema de proteção específico para alguns direitos.

Tal sistema geral de proteção da personalidade se concretiza com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF) e é complementado, ainda, por outros princípios fundamentais.

SZANIAWSKI apresenta esse sistema geral de proteção da personalidade, senão vejamos:

Logo, a Constituição brasileira em vigor, edifica o direito geral da personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz, que consiste no princípio da *dignidade* da pessoa humana, que funciona como uma cláusula geral de tutela da personalidade. A pilastra central, a viga mestra, sobre a qual se sustenta o direito geral de

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

⁹ Tais alterações ocorreram, em especial, a partir de 1916 com a entrada em do Código Civil e tais alterações serão mencionadas em tópico específico.

¹⁰ A cláusula geral que contempla o direito geral de personalidade na Alemanha vem expressa na Lei Fundamental de Bonn: Art.2º, Alínea 1: "Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral." (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade de sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 136.)

personalidade brasileiro, está consagrada no inciso III, do art. 1º da Constituição, consistindo no *princípio da dignidade* da pessoa humana. As outras colunas de sustentação do sistema de tutela da personalidade, consistem no direito fundamental de toda a pessoa possuir um *patrimônio mínimo*, previsto no Título II, art. 5º, inciso XXIII, e no Título VII, Capítulos II e III; e os demais princípios, consagrados no Título VIII, garantindo, no Capítulo II, a toda pessoa, o exercício do direito à saúde; no Capítulo VI, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de poder exercer seu direito à vida com o máximo de qualidade de vida; e, no Capítulo VII, o direito de possuir uma família e de planejá-la, de acordo com os princípios da *dignidade* da pessoa humana e da *paternidade* responsável. Todos estes princípios, segundo podemos constatar, asseguram a tutela da personalidade humana segundo a atuação de uma cláusula geral.¹¹

A CF/88, além deste sistema geral de proteção aos direitos da personalidade, ainda os tutela de forma específica, destacando alguns direitos da personalidade em grande parte disciplinados em seu art. 5º, mas que não excluem outros. São chamados de direitos especiais da personalidade¹² e são exemplos, dentre outros: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança.

Assim sendo, não há como negar que a base dos direitos da personalidade é a Constituição Federal que fornece um sistema amplo de proteção a tais direitos.

Vale, neste passo, transcrever a lição de SZANIAWSKI:

O grande avanço jurídico e social, com a abertura das portas do Brasil para um novo milênio, ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, a qual rompeu definitivamente os vínculos que ainda nos ligavam fortemente às concepções pandectistas e individualistas da doutrina jurídica do século XIX. A Constituição brasileira de 1988 traz entre os princípios fundamentais que a informam o *princípio da igualdade*, inserido em sua parte preambular e no caput do art. 5º, e o *princípio da dignidade da pessoa*, no inciso III, do art. 1º. Ambos os princípios possuem idêntico valor. Estes dois princípios fundamentais conjugados constituem a base, o substrato necessário à constituição dos demais direitos, tutelando a pessoa humana em toda a sua dimensão, uma vez que a mesma é portadora de dignidade e de igualdade, sob seu aspecto formal e material.¹³

Desta maneira, é seguro afirmar que o princípio da dignidade da pessoa e o princípio da igualdade, ambos inseridos na Constituição Federal, constituem o substrato do direito geral da personalidade em nosso ordenamento jurídico.

3 A PROTEÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

¹¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade de sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 138.

¹² *Ibidem*, p. 144.

¹³ *Ibidem*, p. 137.

Conforme já visto alhures, o primeiro diploma legal aplicado em nosso país foram as Ordenações Manuelinas que não tratavam dos direitos da personalidade, apenas os protegia de forma reflexa, tipificando delitos penais.

A Constituição de 1824 determinou que fossem mantidas as Ordenações e as demais normas em vigor até que fosse elaborado um Código Civil. Tal estatuto surgiu em 1916.

O Código Civil de 1916 não tratou, especificamente, dos direitos da personalidade. No entanto, a doutrina, identifica alguns direitos da personalidade que já eram tutelados, ainda que de forma muito específica.

BITTAR extrai algumas regras legais do Código Civil de 1916 nas quais seria possível verificar a proteção a alguns direitos da personalidade:

O nosso Código, fiel às suas origens, não contém, como vimos, normas sobre a matéria. Segue a estruturação geral dos diplomas tradicionais de influência francesa. Apenas, a) em uma disposição, refere-se ao direito à imagem, estabelecendo que, nos retratos ou bustos de encomenda particular, a pessoa retratada podia opor-se, bem como seus sucessores, à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto (art. 666, X), e, b) em outra preserva o segredo de correspondência (art. 671, parágrafo único). Em outros, já reconhecia um direito moral do autor (art. 649; 650, parágrafo único; 651, parágrafo único; 658, revogados pela Lei nº 9.610/98), e, logo em seguida, permitia a cessão do direito de ligar o nome à obra (de caráter personalíssimo: art. 667), em texto, aliás, que suscitou enorme polêmica, prevalecendo a tese de sua não-aceitação, por aberrar do sistema, como demonstramos em nosso escritos.¹⁴

Além destas menções no Código Civil, foram editadas leis que se preocupavam com os direitos da personalidade, dentre elas vale citar: Decreto nº 20.931/32 (proibiu a esterilização); Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações); Lei nº 5.479/68 (sobre retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para utilização com finalidade terapêutica e científica) e Lei nº 5.988/73 (regula os direitos autorais).

Diante destas leis e da própria evolução dos direitos da personalidade, se tornava evidente a importância de tais direitos no âmbito privado. Ciente desta importância, o professor Orlando Gomes tratou da matéria no anteprojeto de Código Civil que elaborou em meados de 1963. Contudo, tal anteprojeto não vingou, mas serviu de base para o Projeto de Lei 634-B de 1975 que acabou se tornando o atual Código Civil, entrando em vigor em 2002.

O Código Civil de 2002 adotou uma metodologia semelhante ao da Constituição Federal, no sentido de conferir uma tutela de forma mista, ou seja, com uma regra geral de tutela (prevista no art. 12) e regulando, de forma específica, outras situações determinadas.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 38.

O artigo 12 do Código Civil permite que a pessoa que tenha um direito da personalidade ameaçado ou lesionado, busque a tutela para cessar a ameaça ou a lesão e reclame perdas e danos.

A disciplina dos direitos da personalidade não foi alterada com tutela prevista no art. 12 do Código Civil, pois a Constituição Federal já fornecia uma proteção muito mais ampla. Neste sentido, CANTALI:

O artigo 12 é o mais festejado pela doutrina, muito embora sua existência não tenha alterado a tutela que já era concedida a estes direitos através dos preceitos constitucionais. Tal norma prevê a tutela preventiva dos direitos da personalidade, permitindo que cesse a ameaça de lesão, bem como albergando a tutela ressarcitória para os casos de ocorrência de danos. Nessa medida, certo é que essa norma foi concebida para ser cláusula geral de proteção e promoção dos direitos de personalidade do Código Civil e assim é reconhecida pela doutrina civilística.¹⁵

Todavia, a inclusão do art. 12 no Código Civil se justifica pelo fato de conferir uma tutela específica em relação aos direitos da personalidade, bem como por conferir uma proteção mais ampla do que a tutela prevista para os outros direitos previstos no Código Civil.

Aliás, sobre esse tema relativo a justificativa da inclusão do art. 12 ao Código Civil, tendo em vista o fato de o aludido código já disciplinar a tutela geral dos direitos, em especial pelo art. 927, vale consignar o seguinte comentário:

A justificativa da inclusão da presente regra de proteção é, no mínimo, de dupla ordem: primeiro, pela sua especificidade; segundo, por conferir proteção mais ampla, abarcando também as tutelas inibitórias, enquanto aqueles circunscrevem o seu raio de guarida às pretensões reparatórias.¹⁶

Além desta cláusula geral, o Código Civil conta com regras específicas de tutela dos direitos da personalidade como, por exemplo, o art.13 que dispõe sobre integridade física; o art. 16, 17 e 18 que cuidam do nome e o art. 21 que trata da vida privada.

Pois bem, mantendo a linha estabelecida neste trabalho, fixar-se-á o estudo no aspecto geral de proteção dos direitos da personalidade.

Neste aspecto, a proteção conferida pelo atual Código Civil (em especial pelo art. 12) pode ser, inicialmente, dividida em dois grandes grupos, a saber: a autotutela e a heterotutela.

¹⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 94-95.

¹⁶ CAMBLER, Everaldo Augusto; BARRETO, Wanderlei de Paula; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; TERRA, Marcelo. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p.123.

A autotutela consiste na proteção efetivada pelo próprio lesado ou por um terceiro, mas sem a intervenção de um órgão alheio ao conflito de interesses. Trata-se de exceção em nosso sistema.

De outro lado, a heterotutela é a proteção conferida por um terceiro alheio ao conflito de interesses. Em nosso ordenamento tal tarefa foi confiada ao Poder Judiciário. A heterotutela pode, ainda, ser dividida em dois grupos a depender da efetivação ou não da lesão. Assim, caso a lesão não tenha ocorrido teremos a tutela preventiva e em caso contrário a tutela será ressarcitória.

Em decorrência da especificidade de tais conceitos, analisar-se-á com maior profundidade, em tópicos separados, cada um deles.

3.1 Autotutela

Conforme já assinalado, a autotutela é a proteção ao direito exercida pelo próprio lesado.

É cediço que a competência para dirimir os conflitos de interesses foi confiada ao Estado, porém, o ordenamento jurídico reconhece que tal proteção, em determinadas situações, pode ser ineficaz caso não seja prestada imediatamente. Desta forma, o Código Civil não considera ato ilícito aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito (art. 188, I).

Contudo, o Código Civil não definiu o que seria legítima defesa, ou quais seriam os seus requisitos. Assim, temos que recorrer ao Código Penal para extrair tais requisitos.

Utilizando esse raciocínio, BELTRÃO¹⁷, escudado no artigo 25 do Código Penal, aponta que os requisitos da legítima defesa são: a) agressão injusta, atual ou iminente; b) uso moderado dos meios; e, c) proteção do direito próprio ou alheio.

Assim sendo, a pessoa que se encontra diante de uma situação de agressão injusta, atual ou iminente, a um de seus direitos da personalidade, poderá agir, com suas próprias forças, para repelir tal lesão, agindo, é claro, dentro de uma moderação apenas auferível no caso concreto. Observados os limites legais, tal pessoa não terá cometido ato ilícito.

De outro lado, a autotutela poderá ser exercida por meio do estado de necessidade. Tal figura jurídica se caracteriza nas hipóteses em que a pessoa para remover perigo iminente causa danos ou destrói coisa alheia ou causa lesão à pessoa¹⁸.

¹⁷ BELTRÃO, Sílvio Romero. *Os direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 58.

¹⁸ *Ibidem*, p. 59.

Nesta hipótese, a exemplo do que ocorre com a legítima defesa, o Código Civil não considera que a pessoa que, agindo em estado de necessidade, tenha causado lesão à pessoa ou à coisa alheia, tenha agido de forma ilícita (art. 188, I).

Desta maneira, tanto quem age em legítima defesa como aquele que age em estado de necessidade, mesmo cometendo danos a terceiros, de forma voluntária, não comentem ato ilícito, por expressa determinação legal.

No entanto, em se tratando de estado de necessidade, o Código Civil impõe ao causador do dano que indenize o lesado pelos prejuízos sofrido (art. 929 e 930).

O tratamento diferenciado se justifica. Note-se que na legítima defesa a lesão é produzida contra o autor da injusta agressão; já no estado de necessidade a lesão nem sempre é efetivada contra a pessoa que deflagrou a situação de perigo.

A legítima defesa e o estado de necessidade são institutos perfeitamente aplicáveis aos direitos da personalidade, inclusive vale citar o comentário ilustrativo de ELIMAR SZANIAWSKI:

A autotutela da personalidade pode ser realizada, por exemplo, mediante apreensão do filme, através do qual foi indevidamente captada a imagem da vítima, ou através da destruição de fotografias obtidas clandestinamente, de cenas envolvendo uma pessoa, ou pela apreensão e destruição de fitas gravadas ilicitamente de conversações mantidas pela vítima com terceiro etc. No entanto, se na legítima defesa, no exercício regular de direito ou estado de necessidade, o ofendido causar dano a outrem, não terá aquele a obrigação de ressarcir-lo, porque seu ato, segundo o disposto no art. 188 do Código Civil, não será considerado ilícito. Ressalte-se que no estado de necessidade, ao contrário da legítima defesa, o perigo não será resultado da agressão ilícita do titular dos bens lesados, mas sim de um fato da natureza ou de terceiro.¹⁹

A disciplina geral da autotutela pelo nosso Código Civil é bastante acanhada, tanto assim que temos inclusive que buscar os requisitos da legítima defesa no Código Penal, o que se justifica pela clara preferência do legislador pela heterotutela.

Em sentido diverso, o Código Civil Português estabelece uma regra geral no que toca a autotutela, apresentando os requisitos exigidos e os limites para o seu exercício, senão vejamos:

Art. 336. É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando acção directa for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercitivos normais, para evitar a inutilização prática desde direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo. 2. A acção directa pode consistir na apropriação ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro acto análogo. 3. Acção directa não é lícita, quando

¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247-248.

sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.

A autodefesa dos direitos da personalidade, quando possível, se revela de grande importância para a proteção de tal espécie de direitos. Isto porque, após ocorrida a lesão a tais direitos, dificilmente será possível a reconstituição natural e, mesmo a indenização, por vezes, não será capaz de amenizar ou compensar, satisfatoriamente, os danos causados.

3.2 Heterotutela

A heterotutela é a regra de nosso sistema, sendo o Poder Judiciário o órgão responsável pela solução dos conflitos de interesses. Nesta hipótese o conflito é levado ao Judiciário para que ele apresente uma solução.

As medidas adotadas pelo Estado poderão ser de duas espécies distintas: a) de prevenção ou b) de reparação.

A tutela preventiva se destina às hipóteses em que a lesão ao direito da personalidade não ocorreu, mas está em vias de ocorrer, ou seja, existe uma ameaça. Nestas situações o Estado é chamado a agir antes que a ameaça se concretize e ocasione a lesão.

Não se pode olvidar que existem certos tipos de lesões que não podem ser completamente reparadas ou compensadas. Basta imaginar a situação da pessoa que entende estar em vias de sofrer uma lesão em sua integridade física em razão da existência de uma cláusula no plano de saúde que veda a realização dos procedimentos necessários para restaurar a sua higidez física.

A demanda porventura ajuizada pelo paciente não terá como objetivo reparar um dano, mas sim evitar que ele ocorra.

Nesta hipótese levantada não há dúvida de que o Estado deveria ter a sua disposição mecanismos que pudessem evitar o dano à integridade física ou à vida do paciente. Tal mecanismo existe em nosso ordenamento: trata-se das ações inibitórias.

Nas palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI:

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.²⁰

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26.

A ação inibitória atua no âmbito da prevenção da ocorrência da lesão ao direito da personalidade, mas pode ser também utilizada nas hipóteses em que a lesão se protraí no tempo, com o objetivo de evitar a permanência dos seus efeitos e pode também ser manejada para evitar que a lesão já efetivada venha a se repetir.

É certo, no entanto, que a ação inibitória pode demorar para surtir efeitos, fato esse comum das ações judiciais, levando a medida a se tornar inócua. Para evitar tal conseqüência o interessado deve valer-se da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela, prevista no art. 273 e no art. 461, ambos do Código de Processo Civil, permitem que o Estado, por meio do órgão julgador, antecipe o pedido lançado na demanda e conceda, imediatamente, a tutela requerida.

Vale destacar que a ação inibitória não segue os mesmos padrões estabelecidos para a tutela ressarcitória, razão pela qual não é necessário o preenchimento de todos os requisitos exigidos para configuração da responsabilidade civil²¹. Tal assertiva conduz à conclusão de que a ação inibitória pode ser manejada sem que exista o elemento anímico culpa ou o dano²².

A mesma idéia apresentada por RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUSA ao analisar o Código Civil Português pode ser utilizada em nosso ordenamento, vejamos:

Porém, esse facto jurídico voluntário e ilícito, para originar providências do nº 2 do art. 70º do Código Civil, não implica necessariamente, ao contrário em princípio daquele de que emerge a obrigação de indenizar, que haja culpa por parte do violador nem que da ofensa ou ameaça de ofensa da personalidade de outrem resultem danos para este. Com efeito, desde logo, os pressupostos das providências do nº 2 do art. 70º do Código Civil são diferentes dos pressupostos da responsabilidade civil previstos no art. 483º do Código Civil (o que aliás é realçado na expressão - *independentemente* da responsabilidade civil que haja lugar - da 1ª parte do nº 2 do art. 70º do Código Civil), não tendo o nosso legislador incluído nos pressupostos daquela providência quer a culpa quer os danos, ao invés do que fez no art. 487º do Código Civil. Por outro lado, justifica-se que as providências do nº 2 do art. 70º do Código Civil tenham lugar em todos os casos de anti-juridicidade objectiva, independentemente da culpa e dos danos, dado o carácter absoluto e de exclusão dos direitos da personalidade e a necessidade jurídica de assegurar o gozo dos mesmos.²³

Note-se que o art. 12 de nosso Código Civil, assim como no direito português, permite ao interessado que pleiteie a cessação da ameaça e perdas e danos, ou seja, são tutelas distintas: uma preventiva e outra ressarcitória. Assim, fica evidente a possibilidade de cumulação de tais tutelas.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26 - 27.

²² BELTRÃO, Silvio Romero. **Os direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 65-67.

²³ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 473.

Em síntese a proteção aos direitos da personalidade, na esfera da prevenção, se manifesta por meio das ações inibitórias que podem ter como objetivo: evitar a lesão; impedir a sua continuidade ou evitar que se repita.

O fato é que nem sempre é possível evitar que a lesão ao direito da personalidade ocorra. A possibilidade da utilização de uma tutela preventiva não evita que, em determinados casos, a lesão venha a ocorrer.

Nesta situação o único recurso será a tutela ressarcitória. Por meio deste tipo de tutela se busca duas soluções distintas: ou a reconstituição natural ou a indenização em dinheiro.²⁴

A tutela ressarcitória, prevista no art. 12 do Código Civil, tem por base a responsabilidade civil.

Afirma, BELTRÃO:

O novo Código Civil prevê em seu art. 12 a incidência de responsabilidade civil por perdas e danos causados a direitos da personalidade. A responsabilidade representada por este artigo é tomada no sentido estrito da obrigação de indenizar, disposta nos arts. 186 e seguintes do mesmo Código, que corresponde à responsabilidade extracontratual, onde em geral acontecem as violações aos direitos da personalidade.²⁵

Para a configuração da responsabilidade civil e, por consequência, para a incidência da tutela ressarcitória, é necessária a existência de alguns requisitos. Os requisitos são: a) conduta humana (positiva ou negativa), b) dano ou prejuízo, c) culpa ou dolo e, c) nexo de causalidade entre a conduta e o dano.²⁶

Vale registrar que a culpa, em sentido genérico, continua sendo elemento essencial para a configuração da responsabilidade. Contudo, excepcionalmente, o Código Civil admite o dever de indenizar sem haja culpa²⁷.

Em sendo assim, como regra, somente haverá responsabilidade civil caso estejam presentes todos os requisitos acima mencionados.

A primeira forma de manifestação da tutela ressarcitória é a reconstituição natural. Tal mecanismo de reparação consiste em restabelecer o dano causado ao indivíduo.

Em outras palavras, na reconstituição natural analisa-se duas situações: a anterior a lesão e a posterior a lesão e, com base nesta constatação, busca-se afastar os efeitos da lesão fazendo com que o indivíduo retorne ao estado inicial (sem lesão).

²⁴ Como regra, é possível afirmar que as soluções são excludentes. Isto porque se houve a reconstituição natural decorrente da lesão ao direito da personalidade não haverá dano a ser indenizado. Contudo, existirão situações em que tais soluções serão cumulativas. Tal aspecto será abordado oportunamente no decorrer do texto.

²⁵ BELTRÃO, Sílvio Romero. **Os direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 60.

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 352.

²⁷ Tratam-se das hipóteses de responsabilidade objetiva e da teoria do risco (art. 927, parágrafo único, CC).

A título de exemplo, vale transcrever algumas hipóteses de reconstituição natural identificadas por RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUSA:

Assim, em caso de violação da integridade física alheia, causadora de ferimentos, lesões ou doença, o lesante deve socorrer o lesado, providenciar à sua assistência e tratamento e custear os transportes, internamentos, actos curativos e demais despesas necessárias ao restabelecimento do lesado. Em caso de furto ou detenção ilícita de manuscrito literário inédito ou de memórias familiares, cartas ou outros escritos confidenciais há que devolvê-los. Se alguém indevidamente gravou uma conversa ou voz alheia ou tirou cópias de correspondência violada, deve proceder à destruição dos registros sonoros e das cópias em causa. Quem ofendeu outrem por escrito ou imagens ou publicou cartazes com retrato não autorizado deverá também, em princípio, destruir essas corporizações permanentes da ofensa. Se alguém injuriou outrem deve retractar-se e se prejudicou terceiro na sua identidade e reputação através de falsas ou inexatas notícias deve corrigir tais imputações. Quando alguém produzir ruídos, fumos e cheiros insuportáveis para os vizinhos deve pôr fim ou exercer de outro modo a actividade causadora.²⁸

A reconstituição natural deve sempre ser privilegiada, uma vez que objetivo primordial da responsabilidade civil é afastar os efeitos decorrentes da lesão ao direito da personalidade.

No entanto, a reconstituição natural pode se revelar inviável no caso concreto. Isto porque dependendo da natureza do dano torna-se impossível recompor a lesão causada. Basta imaginar o direito à vida ou na destruição de uma obra prima.

Neste diapasão, mas em situações menos extremas, é importante considerar o fato de que a reconstituição natural mesmo sendo possível pode não ser capaz de reparar completamente a lesão. Imagine o caso da pessoa que é difamada por meio de cartazes colocados em lugares públicos; a retirada de tais cartazes consistiria na reconstituição natural, porém, ainda que efetiva tal medida, o indivíduo lesado continuaria com a sua imagem ofendida.

Desta forma, podemos concluir que a reconstituição natural tem carácter bastante limitado²⁹, pois pode ser impossível de ser aplicada ao caso concreto ou pode ser insuficiente para reparar as lesões causadas.

Nestas situações em que a reconstituição natural não se afigura viável ou se revela incapaz de reparar completamente a lesão, resta ao lesado buscar a indenização em dinheiro.

²⁸ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 464.

²⁹ *Ibidem*, p. 464.

A indenização em dinheiro consiste em um ressarcimento em pecúnia dos prejuízos decorrentes do ato lesivo em se tratando de danos patrimoniais e consiste em uma compensação em se tratando danos extrapatrimoniais.

Os danos oriundos da violação aos direitos da personalidade geram, como regra, danos extrapatrimoniais. Isto porque a personalidade humana não integra o patrimônio do lesado.³⁰

Por outro lado, os danos aos direitos da personalidade podem gerar danos patrimoniais por via reflexa. Cite-se como exemplo: a lesão ao nome de uma pessoa pode acarretar a diminuição de sua clientela; a ofensa à integridade física pode acarretar a incapacidade para o trabalho.³¹

Em relação aos danos patrimoniais inexistente problema quanto a apuração de seu montante, uma vez que tal valor será exatamente o equivalente aos prejuízos experimentados pelo lesado. Registre-se, apenas, que deverão ser considerados na indenização não apenas os danos emergentes, como também os lucros cessantes.

Com relação aos danos imateriais a questão referente ao montante da indenização requer maior atenção.

A primeira dúvida a ser analisada consiste em saber qual seria a natureza jurídica dos danos morais. A doutrina se divide sobre o fato de possuir a indenização por danos morais apenas a finalidade de compensar os prejuízos morais ou se, também, deveria ser acrescido ao valor uma quantia com aspecto punitivo ao violador de tais direitos.

TARTUCE sintetiza e comenta as correntes doutrinárias sobre o tema em enfoque:

1ª *Corrente*: A indenização por danos morais tem o mero intuito reparatório ou compensatório, sem qualquer caráter disciplinador ou pedagógico. Essa tese encontra-se superada na jurisprudência, pois a indenização deve ser encarada mais do que uma mera reparação.

2ª *Corrente*: A indenização tem um caráter punitivo ou disciplinador, tese adotada nos Estados Unidos da América, com o conceito de *punitives damages*. Essa corrente não vinha sendo bem aceita pela nossa jurisprudência que identificava perigos na sua aplicação. Entretanto, nos últimos tempos, tem crescido o número de adeptos a essa teoria. Aqui estaria a *teoria do desestímulo*, desenvolvida, no Brasil por Carlos Alberto Bittar.

3ª *Corrente*: A indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinador acessório, visando coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal. Essa tese ainda tem prevalecido na jurisprudência nacional.³²

³⁰ BELTRÃO, Sílvio Romero. **O direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 62.

³¹ *Ibidem*, p. 63.

³² TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 409 - 410.

Dentre as correntes acima expostas, a corrente de pensamento que considera a indenização por danos morais de natureza principal reparatória, ou melhor, compensatória, tendo como aspecto secundário o caráter disciplinador é mais adequada. Adotar-se-á, portanto, neste trabalho a teoria do desestímulo de forma mitigada.

Vencida tal questão, passar-se-á a análise da questão relativa a quantificação dos danos morais, levando em conta a sua natureza jurídica.

O nosso Código Civil não estabeleceu critérios para a quantificação dos danos morais, assim, o magistrado em cada caso concreto arbitra o valor que entende seja o devido para compensar ou atenuar a lesão ao direito da personalidade.

Embora não exista critérios legais estabelecidos, a doutrina e jurisprudência têm apontado alguns balizamentos para a fixação deste tipo de indenização: a) extensão do dano, b) condições socioeconômicas dos envolvidos, c) condições psicológicas das partes e d) grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.³³

O conjunto destes requisitos permitem ao órgão julgador estabelecer um valor para os danos morais que atinja as duas finalidades deste tipo de indenização: a principal que, como visto, consiste em compensar a lesão sofrida e a secundária que representa um aspecto de evitar e desestimular novas condutas violadoras destes direitos.

Portanto, a proteção dos direitos da personalidade no Código Civil é formada por um complexo de normas que permitem desde a autotutela até uma compensação monetária pelas lesões sofridas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos da personalidade é um tema que merece destaque não apenas pelas suas características particulares, mas também, pelo fato de que a tutela a tais direitos reflete na proteção de todos os outros direitos subjetivos.

O desenvolvimento das ciências e das tecnologias aliado à busca por novos horizontes, característica natural dos seres humanos, tem criado grandes desafios à tutela dos direitos da personalidade.

A Constituição Federal de 1988, em especial pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fornece uma ampla base para a defesa dos direitos da personalidade e para a própria construção do conceito de tais direitos que se encontram em constante evolução.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: doutrina, jurisprudência**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 573.

O atual Código Civil, embora possa ser festejado pela expressa tutela aos direitos da personalidade ficou aquém das normas protetivas já extraídas diretamente do texto constitucional.

Contudo, a existência de normas no Código Civil que tutelam, especificadamente, os direitos da personalidade representam um inegável avanço no direito privado e o exposto reconhecimento da importância de tal classe de direitos.

A proteção aos direitos da personalidade pode ser realizada em diversos níveis distintos que podem ser aplicados isoladamente ou em conjunto, dependendo do caso concreto.

É possível, inclusive que o indivíduo que se vê em vias de ser lesado em direito da personalidade se defenda e evite a lesão, sem que haja intervenção do Estado. Situação em que lançará mão da autotutela.

Em outra situação a pessoa poderá recorrer ao Judiciário e pleitear uma medida que evite a ocorrência da lesão ao seu direito da personalidade ameaçado. Veja que nesta hipótese nem sequer foi necessária a existência de dano, mas apenas de uma ameaça.

De outro lado, ocorrendo a lesão ao direito da personalidade os mecanismos de tutela estarão ligados à responsabilidade civil, com seus pressupostos específicos. Nesta hipótese, inicialmente será verificada a possibilidade da reconstituição natural, buscando afastar a lesão e recompor o dano efetivado. Caso não seja possível recompor ou tal medida mesmo sendo tomada não for capaz e eliminar todos os prejuízos causados, a solução será a indenização em dinheiro com a finalidade de ressarcir os danos materiais e compensar os danos extrapatrimoniais.

Como se nota a proteção aos direitos da personalidade é bastante variada e isso se deve ao fato de serem inúmeros tais direitos (ilimitados) e somente o caso concreto poderá indicar qual a medida será mais eficaz.

Desta forma, a tutela dos direitos da personalidade deve ser ampla e permitir ao órgão julgador adaptar as formas previstas aplicando a medida mais adequada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Os direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTONCELLO, F., BARRETO, W.. Tutela Civil da Personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, América do Norte, 7, jan. 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMBLER, Everaldo Augusto; BARRETO, Wanderlei de Paula; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; TERRA, Marcelo. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1 e 2.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Tendências atuais da responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 19, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: doutrina, jurisprudência**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, nº 6, abr./jun. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores e socialites**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008.

ALIMENTAÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS E DOS HÁBITOS DE CONSUMO ALIMENTAR

FOOD AS FUNDAMENTAL RIGHT: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF FOOD PRODUCTION AND CONSUMPTION OF FOOD HABITS

Dirceu Pereira SIQUEIRA¹

Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE – Bauru) / FIO - Ourinhos

Andréia de ABREU²

Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) / Fatec - Garça

RESUMO: A alimentação tem recebido forte atenção da literatura, seus estudos, cada vez com maior profundidade têm representado fator de grande impulso para uma melhor compreensão do tema, pois certamente a alimentação sempre esteve e sempre estará listada em as principais causas de morte. O ser humano precisa alimentar-se para sobreviver, porém os alimentos precisam acima de tudo representar o mínimo de qualidade essencial para a vida humana, não há mais como imaginar-se uma alimentação desprovida do mínimo de segurança alimentar. As indústrias de alimentos devem cumprir seu papel social de modo a zelar pela qualidade dos alimentos que produzem. A sociedade dita regras para a produção de alimentos, os hábitos alimentares oscilam a cada dia, e as indústrias de alimentos devem estar atentas a estas mudanças, pois somente assim poderão continuar no mercado. O direito exerce um papel crucial neste cenário, pois protege o direito à alimentação tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional, e ao impor direitos traz de outro lado obrigações, impondo assim o papel fiscalizador ao Estado, o qual deve primar por uma alimentação de qualidade para a sociedade. Por tal razão direito e sociedade exercem um papel fundamental ao ditarem regras para a produção de alimentos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Alimentação. Produção de Alimentos. Indústria de Alimentos. Hábitos de Consumo Alimentar.

ABSTRACT: The alimentation has received strong attention in the literature, their studies, with increasing depth factor have represented a major boost to understanding of the theme, for surely the power has always been and always will be listed on the main causes of death. Human beings need food to survive, but the food must above all be the minimum essential quality of human life, there's no way to imagine a diet devoid of the minimum food safety. The food industry must fulfill their social role in order to ensure the quality of food they produce. Society dictates rules for food production, eating habits fluctuate every day, and food industries need to be alert to these changes, because only then can stay in business. The law plays a crucial role in this scenario, it protects the right to food at both constitutional and infra, and by imposing duties on the other hand brings obligations, imposing oversight role of the state, which should give priority to a quality power supply society. For this reason law and society play a key role in dictating rules for food production.

¹ Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIRP; Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE; Professor Titular no Curso de Graduação em Direito e Coordenador de Eventos Científicos ambos nas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO); Advogado. Contato: dpsiqueira@uol.com.br

² Doutoranda e Mestre em Engenharia de Produção (linha de formação em Gestão Agroindustrial) pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR); Professora nos Cursos de Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM); Professora no Curso de Gestão Empresarial da Faculdade de Tecnologia de Garça (FATEC – Garça/SP). Contato: andreiabreu11@gmail.com

KEYWORDS: Right to Food. Food Production. Food Industry. Food Consumption Habits.

1 INTRODUÇÃO

A alimentação é prioridade para a manutenção da vida humana. Além de seu aspecto mais imediato, que é sua ingestão para a manutenção da vida, os alimentos ainda estão ligados a fatores sociológicos, antropológicos e psicológicos que conferem valores comportamentais e identidade cultural a uma população. Segundo Batalha e Scarpelli³ os aspectos econômicos estão igualmente ligados a atividade de produção de alimentos. Mesmo os países mais desenvolvidos se preocupam com a obtenção, transformação, distribuição e consumo de produtos agropecuários, destacando-se como uma das atividades mais importantes de suas economias.

A história da alimentação é também considerada a história da humanidade, do despertar da consciência, que a leva hoje a uma crescente industrialização dos alimentos que consome. É possível afirmar que a nutrição está ligada à essência humana⁴.

O Homem, desde a pré-história até os dias de hoje, sempre se preocupou com a sua alimentação. Sua busca por alimentos passou por modificações que acompanharam a sua evolução e seus diferentes modos de vida. Numa análise histórica, o Homem que vivia em cavernas, consumia reservas naturais de alimentos. Posteriormente, quando passou a ter uma vida nômade, dedicava-se à caça de animais e colheita de plantas e, quando descobriu que podia plantar e cultivar e não precisava mais viver em função da natureza, começou a dominá-la, trocando sua vida nômade pela vida em pequenas aldeias, dando início à agricultura.

Na atividade de todos aqueles que plantavam e criavam, apareciam então os primeiros empecilhos para que os produtos, sem se deteriorar, pudessem esperar mais tempo para serem consumidos. Meios incipientes e empíricos de conservação de alimentos foram aos poucos introduzidos, possibilitando o avanço da produção agropastoril.

A população foi crescendo e assim também o consumo de alimentos, levando o Homem a produzir mais alimentos para seu próprio consumo e a produzir em excesso, mais do que necessitava a fim de trocar por outros alimentos que não produzia. Dessa forma, surgiam as primeiras formas de comercialização: primeiro a base da troca de um alimento por outro, depois através de moedas (dinheiro). O Homem começou a utilizar recursos para aumentar sua produção de alimentos e a

³ BATALHA, M. O.; SCARPELLI, M. Gestão do agronegócio: aspectos conceituais. In: BATALHA, M. O. (Org) **Gestão do Agronegócio**: textos selecionados: GEPAl: Grupo de Estudos e Pesquisas Agroindustriais. São Carlos: EDUFSCAR, 2005.

⁴ OLIVEIRA, R. C.; MACHADO, D. F. N.; LINS, A. C. A.; MELO, M. F. M. Hábitos alimentares, alimentação alternativa, multimistura: conhecendo as diferenças. **Enciclopédia Bioesfera**, n. 3, janeiro-junho, 2007.

industrializá-los, onde alguns alimentos sofriam algum tipo de transformação, alterando sua forma original.

Com o passar do tempo, esse processo de comercialização e industrialização dos alimentos se intensificou em escalas cada vez maiores. Até mesmo no campo, na produção agropecuária, observa-se a intensa utilização de aparatos tecnológicos em termos de máquinas e equipamentos, bem como de tecnologia em biogenética, a fim de desenvolver novas modalidades de alimentos e aumentar sua produtividade⁵.

Atualmente, a indústria de alimentos destaca-se como um dos setores de maior relevância para a economia de um país. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), estima que a produção de alimentos para fins desta década deverá crescer 20% e, neste crescimento, caberá ao Brasil responder por 40%, o que será a maior participação mundial.

Segundo dados da Associação Brasileira das Indústrias de Alimentos (ABIA)⁶, o país apresenta potencial expressivo no agronegócio, inclusive no elo da agroindústria. A indústria brasileira de alimentos é composta por micro, pequenas, médias e grandes empresas distribuídas por todo território nacional, sendo as de menor porte a maioria delas. As pequenas e médias, em sua maioria, atuam em mercados regionais, enquanto as grandes, além do mercado nacional, também participam do mercado internacional.

Além do aspecto comercial, a produção de alimentos deve ser vista, senão em primeira instância, como um direito fundamental. Ao passo que as empresas, instituições financeiras e até mesmo órgãos governamentais tratam a questões de um modo estratégico e competitivo, no que diz respeito à produção de produtos alimentícios de acordo com os hábitos de consumo alimentar de um público consumidor, o Estado também olha para a questão mas, por sua vez, sob o aspecto do direito humano à alimentação. Desse último, a preocupação está não somente na quantidade e qualidade dos alimentos, mas também se os mesmos incluem ou excluem uma população consumidora de seus aspectos culturais.

Nesse cenário, esse trabalho tem como objetivo apresentar uma análise do direito à alimentação e como o aspecto dos hábitos de consumo alimentar tem sido tratado na produção de alimentos.

2 HISTORICIDADE DA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS

A indústria de alimentos, em âmbito mundial, era estruturada para o mercado interno e caracterizada por pequenas e médias empresa. A partir da década de 20, o

⁵ CASTRO, A. M. G. (Org.) **O futuro do melhoramento genético vegetal no Brasil**: impactos da biotecnologia e das leis de proteção de conhecimento. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2006.

⁶ ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Indústria de alimentação: principais indicadores econômicos. Disponível em: <<http://www.abia.org.br/anexos/FichaTecnica.pdf>>. Acesso em: 15 abril 2012.

setor passou por um processo de fusões e aquisições das empresas de processamento e distribuição, porém, somente após a Segunda Guerra Mundial, as empresas líderes ampliaram seus mercados com estratégias baseadas na propaganda e na diferenciação de produtos. A partir da década de 1970, em resposta às variações ocorridas no ambiente competitivo, o movimento de fusões e aquisições se intensificou, com as empresas líderes de outros setores estendendo seus negócios ao ramo de alimentos. Este processo se intensificou nas décadas seguintes com a globalização produtiva e a diversificação mercadológica⁷.

A evolução da indústria de alimentos foi descrita por Friedman⁸, que relatou as mudanças no regime alimentar. O primeiro regime alimentar ocorreu com a padronização do consumo alimentar: a oferta de alimentos se torna abundante e padronizada em torno de produtos tradicionais, como pão, leite e manteiga. O segundo regime alimentar ocorreu no pós-fordismo⁹, com a diversificação das commodities, segmentação dos mercados e diversidade e diferenciação dos produtos lançados. A passagem de um regime para o outro demonstra a evolução ocorrida no contexto empresarial.

Na produção agrícola, destaca-se a chamada "Revolução Verde". Ocorrida a partir da década de 1950, é definida como um paradigma tecnológico que tinha como problema a ser resolvido o aumento da produtividade das lavouras. Tratava-se de um novo modelo tecnológico de produção agrícola que implicou a criação e o desenvolvimento de novas atividades de produção de insumos ligados à agricultura. No entanto, a partir da década de 1980 esse modelo passou a apresentar limites de crescimento, em função da diminuição do ritmo de inovações e o aumento dos gastos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).

Iniciou-se, então, um debate acerca da necessidade de um novo modelo tecnológico que fosse ecológica e economicamente sustentável, diferente daquele baseado no uso intensivo de insumos químicos. Nesse ambiente, a biotecnologia surgiu como um possível instrumento capaz de viabilizar as sementes geneticamente modificadas que dispensassem o uso de agroquímicos e, ao mesmo tempo, capaz de superar as fronteiras de crescimento das indústrias de insumos agroquímicos, onde o problema a ser solucionado seria a criação de uma agricultura sustentável¹⁰.

⁷ MIZUTA, C. Y. **Análise da organização e da gestão do processo de desenvolvimento de produto da indústria alimentar**: estudo de casos nos segmentos de biscoitos e laticínios. 2000. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção). Departamento de Engenharia de Produção, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2000.

⁸ FRIEDMAN, H. Changes in the international division of labor: agri-food complexes and export agriculture. In: FRIEDLAND, W. et al. *Towards a new political economy of agriculture*. Boulder: Westview Press, 1991.

⁹ Pós-fordismo: conceito utilizado para definir um modelo de gestão produtiva que se diferencia do fordismo (centrado na produção em massa), no que se refere, em especial, a organização do trabalho e da produção. Assim, o modelo pós-fordista fundamenta-se na idéia de flexibilidade, trabalhando com estoques reduzidos e voltando-se para a fabricação de pequenas quantidades.

¹⁰ ALBERGONI, L.; PELAEZ, V. Da revolução verde à agrobiotecnologia: ruptura ou continuidade de paradigmas. **Revista de Economia**, v. 33, n. 1, p. 31-53, jan/jun 2007.

Atualmente estimada em cerca de sete bilhões de pessoas, a população do planeta embora vivendo em diferentes contextos geográficos, históricos e culturais, vem contando, a cada dia, com uma diferenciada disponibilidade de alimentos.

Esse “boom” no desenvolvimento e lançamento de novos produtos alimentares se dá, principalmente, por motivos como a globalização e o aumento das exigências e da valorização por parte dos consumidores. As novas tecnologias ligadas ao fluxo de informação e de transportes permitem que esses novos produtos sejam distribuídos cada vez mais rapidamente em diferentes mercados, fato que têm gerado modificações nos hábitos de consumo alimentar em todo mundo. Pode-se dizer que o consumo de determinados alimentos tornou-se globalizado, principalmente aqueles produzidos pelas grandes multinacionais.

Conforme afirma Rodrigues¹¹, as empresas agora são orientadas para os clientes, são inovadoras e com um tempo de resposta menor e mais eficiente. Surge então, um novo padrão de produção baseado num novo padrão de consumo. Assim também evoluiu a agricultura e a agroindústria, que se tornaram mais flexíveis. Houve mudança nos produtos, nos processos de fabricação e na forma de organização das empresas. A flexibilidade dos produtos alimentícios levou à diversificação dos mercados e à maior valorização da qualidade e dos reflexos ambientais.

Verifica-se, nos dias de hoje, uma estagnação do consumo de alimentos, principalmente na Europa, ocasionado pelo menor crescimento da população e pela queda do consumo per capita. Essa estagnação tem induzido as empresas alimentares dos países desenvolvidos a investirem nos países em desenvolvimento, tanto por meio de exportações quanto pela implantação de empresas filiais nesses países.

Essa migração de empresas em busca de novos mercados com maior potencial de consumo e crescimento assim como a busca por redução de custos devido à tendência de redução de margens pelos gastos com lançamento de novos produtos, a redução do ciclo de vida dos produtos e as pressões exercidas pelos varejistas (inclusive pela expansão das marcas próprias) têm gerado uma crescente concentração na indústria de alimentos, já que empresas de maior porte conseguem suportar os pesados investimentos em comunicação e conseguem obter maiores vantagens em termos de escala¹².

¹¹ RODRIGUES, A. M. Cluster e competitividade: um estudo da concentração de micro e pequenas empresas de alimentos no município de Marília/SP. Tese (doutorado) – Departamento de Engenharia Mecânica – Universidade de São Paulo. São Carlos, 2003

¹² NEVES, M. F. **Um modelo para planejamento de canais de distribuição no setor de alimentos.** Tese (Doutorado) – Departamento de Administração - Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

3 FATORES DE INFLUÊNCIA NA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS

3.1 A “Segurança em Alimentos” e a “Segurança Alimentar”

Segurança em alimento e segurança alimentar são fatores que influenciam a indústria de alimentos nacional e mundial. Segurança em alimento refere-se ao enfoque qualitativo, ou seja, a garantia de o consumidor adquirir um alimento com atributos de qualidade que sejam de seu interesse. Segurança alimentar apresenta o enfoque quantitativo, referindo-se ao abastecimento de alimentos em quantidade minimamente adequada a uma população. Como os níveis de qualidade e segurança desejados pelos consumidores, governo e agentes privados nem sempre coincidem, é necessário ação governamental por meio de programas de garantia¹³.

Segundo o conceito definido pela FAO em 1996, durante a Cúpula Mundial da Alimentação: “a segurança alimentar existe quando toda pessoa, em todo momento, tem acesso físico e econômico a alimentos suficientes, inócuos e nutritivos para satisfazer suas necessidades alimentares e preferências quanto aos alimentos, a fim de levar uma vida saudável e ativa”. Essa definição incorpora, além da dimensão de abastecimento alimentar, outras dimensões como: nutrição, inocuidade e preferências quanto ao tipo de alimento consumido. Portanto, esses são aspectos que permitem avaliar se uma população se encontra em situação de soberania e segurança alimentar, se dispõem de recursos para adquirir/produzir sua alimentação, se tem acesso físico aos alimentos e se são de qualidade, se os alimentos que consomem estão de acordo com sua cultura alimentar e com sua liberdade de escolha¹⁴.

Para Belik¹⁵, a ideia de segurança alimentar é composta por três aspectos principais: quantidade, qualidade e regularidade no acesso aos alimentos. Quantidade diz respeito à possibilidade de acesso, não apenas disponibilidade dos alimentos. O aspecto qualidade acaba por ser definido a partir do conceito de “segurança em alimento”, pois considera que os alimentos não devem oferecer riscos à saúde humana no seu consumo. O acesso constante à alimentação (pelo menos três vezes ao dia) refere-se ao aspecto regularidade.

Ainda em relação aos fatores segurança em alimento e segurança alimentar, Oliveira et al¹⁶ apontam que um fator importante é a falta de informação da população em relação às diferenças entre o que é comer bem e alimentar-se bem: intensivo

¹³ SPERS, E. E. Segurança do alimento. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SCARE, R. F. (Org.). **Gestão da qualidade no agribusiness**. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁴ BELIK, W.; SILIPRANDI, E. Hábitos alimentares, segurança e soberania Alimentar. In: VILARTA R.; GUTIERREZ, G. L.; MONTEIRO, M. I. (Org.). **Qualidade de vida: evolução dos conceitos e práticas no século XXI**. Vol. 1. Campinas: IPES, 2010.

¹⁵ BELIK, W. Perspectivas para segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Saúde e Sociedade**, v. 12, n. 1, p. 12-20, jan-jun 2003.

¹⁶ Idem 4.

consumo de produtos industrializados e produtos prontos, justamente pela facilidade, nem sempre leva em consideração o fator nutricional dos mesmos.

O quadro 1 demonstra alguns exemplos de regulações internacionais e privadas na produção e segurança do alimento.

Quadro 1: Exemplos de regulações privadas e internacionais na produção e segurança do alimento

Regulamentações internacionais	
Codex Alimentarius	Desenvolvido pela FAO e OMS, em 1963. Protege a saúde do consumidor e assegura um comércio mais justo. Programa padronizado de controle, com base no sistema HACCP*
SPS Agreement	Formulado pela OMC. Regras para um comércio justo, sem configurar um guia técnico. Elaborado pelos países da União Européia.
Legislação Européia	Protege a saúde do consumidor e segue o sistema GAP. Apresenta caráter obrigatório.
Regulações privadas	
Objetivos	Criam e dão consistência aos padrões de abastecimento Evitam falhas do produto. Eliminam auditorias múltiplas por partes distintas da cadeia. Oferecem suporte aos anseios dos consumidores e varejistas.
EUREP-GAP	Baseia-se no sistema de Boas Práticas Agrícolas. Enfoque na produção primária da cadeia. Exige cumprimento de uma lista de itens. Apresentação de documentação para comprovar os procedimentos Fundamenta-se no sistema HACCP*.
British Retail Consortium	Regula as firmas processadoras de alimentos. Controla a produção pelos padrões ambientais, de produtos, processos e pessoal.

Fonte: autores

* O HACCP é embasado por sete princípios: 1) pontos críticos biológico, químico, físico; 2) identificação de pontos críticos de controle; 3) medidas preventivas com limites críticos para pontos de controle (mínimas temperaturas de cozimento, por exemplo); 4) monitoramento dos pontos críticos de controle; 5) ações corretivas quando o limite crítico for atingido; 6) verificação se o sistema está funcionando apropriadamente; 7) registros para documentos do sistema.

É válido observar que essa tem sido uma preocupação mundial a medida que essas regulações se expandem cada vez mais no controle do comércio internacional a fim de proteger os consumidores: os padrões internacionais recaem sobre os produtores dispersos nos cinco continentes e representam um desafio para os países em desenvolvimento.

3.2 Hábitos de Consumo Alimentar

Outro fator de forte influência na produção de alimentos diz respeito aos hábitos de consumo alimentar dos diferentes mercados consumidores. Hábitos

alimentares são as formas como os indivíduos ou grupos selecionam, consomem ou utilizam os alimentos disponíveis, incluindo os sistemas de produção, armazenamento, elaboração, distribuição e consumo de alimentos.

Em termos históricos, a cultura alimentar do Brasil teve sua origem na colonização portuguesa, sofrendo a influência da raça branca, com a chegada dos portugueses, da raça indígena e, posteriormente, da raça, com a vinda dos escravos. O choque dessas três diferentes culturas foi criando os padrões alimentares no país. A mandioca e seus diversos subprodutos derivados (farinha, beiju, purê, goma, polvilho), o feijão e receitas com carne de vaca, frango e porco são exemplos de alimentos dessas três raças (indígena, negra e portuguesa, respectivamente) até hoje amplamente consumidos pela população brasileira em todos o território nacional¹⁷.

Estudos sobre o padrão alimentar de uma população podem fornecer informações importantes nas esferas públicas e privadas. Na esfera pública, a utilidade está em conhecer o modelo de consumo alimentar para a proposição de políticas de segurança alimentar que estejam de acordo com a cultura do público-alvo, ou seja, políticas governamentais que considerem os aspectos sócio-culturais ligados aos hábitos de consumo. Na esfera privada, as informações sobre hábitos de consumo alimentar são estratégicas a medida que as empresas desenvolverão produtos com maior probabilidade de aceitação¹⁸.

A análise do comportamento e dos hábitos alimentares de uma população qualquer deve considerar que os padrões de consumo recebem influência de diversos tipos de variáveis além de renda e preço, que foram por muito tempo consideradas as principais variáveis condicionantes do consumo.

Além da influência dos fatores econômicos sobre o consumo alimentar, há ainda a influência dos fatores psicoculturais (fator cultural e valor simbólico do alimento), antropológicos (identidade cultural e estilo de vida) e sociodemográficos (fatores sociais, influência dos grupos de referências, processos de indução de comportamento). Portanto, conhecer os hábitos e preferências de seus consumidores é aspecto fundamental para que as empresas alimentícias adotem estratégias corporativas alinhadas com os desejos e necessidades do mercado. No Brasil, essa necessidade é ainda maior em função da grande desigualdade social, fazendo com que coexistam grupos de consumidores com características muito distintas¹⁹.

¹⁷ SOUZA, M. D. C. A.; HARDT, P. P. Evolução dos hábitos alimentares no Brasil. **Brasil Alimentos**, n. 15, p. 32-39, agosto 2002.

¹⁸ BATALHA, M. O.; LUCCHESI, T.; LAMBERT, J. L. Hábitos de consumo alimentar no Brasil: realidade e perspectivas. In: BATALHA, M. O. (Org) **Gestão do Agronegócio: textos selecionados**. São Carlos: EDUFSCAR, 2009.

¹⁹ *Ibidem*

Nesse aspecto, Belik e Siliprandi²⁰ apresentam uma crítica ao afirmarem que as empresas agro-alimentares induzem às pessoas, por meio de mídia e publicidade, a incorporar o consumo de produtos que antes não faziam parte da dieta, abandonando hábitos alimentares tradicionais. Soma-se a isso o atual ritmo de vida, principalmente nas grandes metrópoles, onde há falta de tempo para o preparo de alimentos e, até mesmo, acesso há alguns tipos. Basta observar o crescente demanda, em nível mundial, por alimentos pré-preparados ou o consumo de alimentos prontos, do tipo fast-food.

Estes autores definiram três grupos diferentes de consumidores. O primeiro grupo, formado por consumidores de classes mais baixas, tem seu comportamento de escolha e consumo de alimentos condicionado pela renda, onde o preço do alimento é o principal critério de compra. O segundo grupo, formado por consumidores com renda superior ao primeiro, possuem necessidade de diferenciação, alterando seus hábitos de consumo alimentar. Consomem produtos mais caros e relacionados a fatores como conveniência e saúde. O terceiro grupo, formado por consumidores que possuem altas rendas e altos níveis de escolaridade, são mais seletivos quanto aos hábitos alimentares.

Segundo Neves, Chaddad e Lazarini²¹ no mercado brasileiro de alimentos estão presentes as seguintes características e tendências gerais do comportamento do consumidor:

- *consumo fora do domicílio*: crescimento dos fast-foods, restaurantes “por quilo”, serviços de alimentação nas empresas;
- *mudanças no perfil de faixa etária dos consumidores*: ampliação dos consumidores mais idosos e aumento da média de idade da população;
- *segurança do alimento*: maior preocupação com a origem e qualidade dos alimentos, isenção de contaminações;
- *busca por conveniência*: demanda por produtos de fácil preparo, entrega no domicílio, embalagens individualizadas;
- *valorização de produtos que enfatizam nutrição*: linhas de produtos diet, light, integral, funcional;
- *valorização de produtos que enfatizam aspectos culturais, regionais e exóticos*: produtos e serviços especializados em alimentação regional como japonesa, italiana, produtos tropicais;
- *preocupação ambiental*: demanda por produtos orgânicos e por produtos com selo ambiental,
- *regulamentação*: códigos de defesa do consumidor, agências reguladoras.

²⁰ Idem 14.

²¹ NEVES, M. F.; CHADDAD, F. R.; LAZZARINI, S. G. **Gestão de negócios em alimentos**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

Além dos aspectos ressaltados, os autores ainda afirmam que outros requisitos como uniformidade de produtos, agilidade na entrega e agregação de serviços aos produtos são necessidades que cada vez mais influenciam a decisão de compra do consumidor de alimentos.

Asp²² igualmente destaca a importância do consumidor para a indústria de alimentos argumentando que o consumidor é o detentor do poder na cadeia de produção dos alimentos e que muitos produtos lançados no mercado não são aceitos por desconsiderarem, em seu desenvolvimento, as necessidades e exigências da demanda. Dessa forma, os fatores culturais, psicológicos e de estilo de vida, assim como as barreiras para a compra de alimentos relacionados à qualidade do produto, ao comportamento do consumidor e a busca por uma alimentação saudável devem ser considerados pelas empresas produtoras de alimentos.

4 ALIMENTAÇÃO ENQUANTO DIREITO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Enfrentadas algumas questões importantes acerca à alimentação, parece o momento de analisar a alimentação enquanto direito no cenário brasileiro, sendo que enquanto direito positivado, o direito à alimentação encontra sua previsão legal no texto constitucional, em leis infraconstitucionais e em inúmeros outros dispositivos pertencentes à ordem jurídica brasileira.

Analisar a previsão legal do direito à alimentação conduz primeiramente a análise do texto constitucional, pois todas as demais previsões devem estar de acordo com a ordem jurídica constitucional, sob pena de serem consideradas incompatíveis com a ordem jurídica brasileira, portanto inconstitucionais.

4.1 Previsão Consitucional Do Direito À Alimentação

Somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que no Brasil o direito à alimentação mereceu destaque, sendo reconhecido como direito de todos.²³ A Constituição vigente consagrou à proteção a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, estabelecendo com isso que tal proteção deveria estar sob a responsabilidade de todos, e essencialmente do Estado.

O direito à alimentação passou a ser previsto de maneira expressa no Artigo 6º (Dos Direitos Sociais), por meio da Emenda Constitucional de nº 64²⁴, de 04 de

²² ASP, E. H. Factors affecting food decisions made by individual consumers. **Food Policy**, v. 24, p. 287-294, 1999.

²³ BEURLEN, A. O Estado brasileiro e seu dever de realizar o direito social à alimentação. In: SCAFF, F. F. (Org.). **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 213.

²⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010](#))

fevereiro de 2010, que introduziu alimentação como direito social, e a partir de então passou a fazer parte do texto constitucional de maneira expressa.

Porém, antes do advento da Emenda Constitucional de nº 64, já era possível, de maneira interpretativa reconhecer o direito à alimentação, isso, levando em consideração uma atividade hermenêutica quanto aos dispositivos constitucionais.

Alguns dispositivos constitucionais merecem destaque em relação ao reconhecimento do direito à alimentação (antes da E/C nº 64), sendo que a interpretação destes dispositivos nos conduzirá no sentido do reconhecimento do direito à alimentação.

O artigo 3º do texto constitucional ao cuidar dos objetivos fundamentais da República, evidencia a necessidade de se “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Desta forma conduz à necessidade de se buscar consagrar a subsistência de todo indivíduo que esteja em solo brasileiro, prestigiando seus direitos essenciais, dentre esses, o direito à alimentação.²⁵

Já no Título II “dos direitos e garantias fundamentais”, o texto constitucional vigente, quando de sua promulgação, deixou de trazer a previsão expressa quanto ao direito à alimentação, mas de outro lado, trouxe previsões de grande importância, como direito à vida, à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, à segurança, à previdência social, à assistência aos desamparados e a proteção à infância.²⁶

Ainda sim, o direito à alimentação continuava sem reconhecimento exposto, o que dificultava bastante sua aplicação. O artigo 7º do texto constitucional, que cuida dos direitos dos trabalhadores, também representa um dispositivo de grande importância para a interpretação favorável ao direito à alimentação, pois em seu inciso IV, aduz como direitos básicos do trabalhador: “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde”.²⁷

A expressão alimentação está contida no dispositivo, dando sinais da importância do direito à alimentação para dignidade da vida humana, dignidade do trabalhador como preceitua o dispositivo.

Quando da Ordem Econômica e Financeira (Título VII), ao disciplinar os princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I), o texto constitucional de 1988

²⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁶ Artigos 5º e 6º da Constituição de 1988.

²⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...] (*grifos inexistentes no original*)

fixou como parâmetro a ser seguido, a justiça social²⁸, o que mais uma vez enriquece a interpretação favorável ao direito à alimentação.

Ao cuidar da proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, o texto impõe responsabilidade não apenas à família, mas também à sociedade e ao Estado, responsabilidade essa no tocante a: vida, saúde, alimentação, educação dentre outros. A preocupação com o direito à alimentação ganha destaque nesse momento.²⁹

Não poderia ainda esquecer o §2º do Art. 5º, que afasta a possibilidade interpretativa em favor da exaustividade dos direitos e garantias previstos nos texto constitucional de 1988, possibilitando o reconhecimento aos tratados internacionais, o que influi diretamente no reconhecimento do direito à alimentação.³⁰

O artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) cuidou de estipular a necessidade de o Poder Público criar um Fundo destinado ao combate a pobreza, cujos recursos deveriam ser aplicados, dentre outros, em ações suplementares de nutrição, que deveria vigorar até o final do ano 2010.³¹

Desse modo a alimentação apresenta-se na Constituição de 1988 como um direito de todos, de responsabilidade não apenas do Estado, mas também como dever da família e da sociedade.

Portanto, a responsabilidade pela alimentação não é apenas do Estado, como dispõe os artigos 6º. e 208 da Constituição de 1988³², mas também é de responsabilidade da família e da sociedade, como afirma o artigo 227 também da Constituição de 1988³³.

²⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: *(grifos inexistentes no original)* [...] Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. *(grifos inexistentes no original)*

²⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). [...]

³⁰ Art. 5º. [...] - § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³¹ ADCT - Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000](#))

Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000](#))

³² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. *(grifos inexistentes no original)*

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. *(grifos inexistentes no original)* [...]

³³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. *(grifos inexistentes no original)*

Mas não apenas o texto constitucional traz em seu bojo a previsão do direito à alimentação; tal previsão também poderá ser observada na legislação infraconstitucional, como veremos adiante.

4.2 Previsão Infraconstitucional Do Direito À Alimentação – Lei N. 11.346 De 15 De Setembro De 2006

O direito à alimentação encontra-se previsto em inúmeros dispositivos legais infraconstitucionais de maneira genérica³⁴, e a partir do ano 2006, ganhou maior atenção, passando a ser disciplinado em legislação específica, pela Lei 11.346 de 15 de setembro de 2006 a qual criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), destinado a assegurar o direito alimentação.

A Lei 11.346 datada de 2006, em seu artigo 2º, já enunciava o direito à alimentação como direito fundamental (não consagrado pelo texto constitucional de 1988), sendo que tal direito, só passou a ser enunciado na esfera constitucional, de maneira expressa, no ano de 2010.³⁵

A responsabilidade do Estado na realização do direito à alimentação, também recebeu atenção da Lei 11.346, vez que no §2º do art. 2º, estabeleceu o “dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade”.

³⁴ Dentre outras, destacam-se: Lei 9.433/97 (recursos hídricos); Lei 9.966/00 (prevenção, controle e fiscalização da poluição por óleo); Lei 9.984/00 (Agência Nacional de Águas); Lei 10.406/02 (Código Civil); CLT (art. 389 – local apropriado para amamentação, art. 396 – intervalos para amamentação); Lei 8.069/90 – ECA (art. 9º - condições adequadas ao aleitamento) Lei 10.710/03 (salário-maternidade); Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde – atuações específicas de vigilância alimentar e nutricional e controle de qualidade de alimentos, da produção ao consumo); Lei 9.782/99 (Sistema Nacional de Vigilância Sanitária); Lei 9.832/99 (proibição de uso de embalagens soldadas com liga de chumbo e estanho para acondicionar alimentos); Lei 10.273/01 (uso de bromato de potássio); Lei 8.974/95 (uso de técnicas de engenharia genética e organismos geneticamente modificados); Lei 10.688/03 (comercialização da produção de soja da safra de 2003); MP 131/03 (plantio e comercialização da produção de soja da safra de 2003); Lei 10.831/03 (definição da agricultura orgânica); Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde – orientação alimentar); Lei 10.674/03 (informar a presença de glúten nos alimentos); Decreto 4.680/03 (regulamenta o direito a informação assegurado pela Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados); Lei 8.069/90 – ECA (art. 8º, §3º - apoio alimentar à gestantes e nutriz); Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde – obrigação estatal, nas políticas de defesa da saúde, de assegurar uma alimentação adequada); MP 2.178/01 (Programa Nacional de Alimentação Escolar); Lei 10.219/01, Decreto 3.823/01 e Decreto 4.313/02 (Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação – “Bolsa Escola”); MP 2.206/01, Decreto 3.934/01 e Decreto 4.102/02 (Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à saúde – “Bolsa Alimentação” e “Auxílio Gás”); Lei 10.689/03 (Programa Nacional de Acesso à Alimentação – Cartão Alimentação, primeiro programa integrante do Fome Zero); Decreto 4.564/03 (gestão do Fundo de Combate à Pobreza); Lei 10.835/04 (Renda básica de cidadania); LC 93/98 e Decreto 3.475/00 (Fundo de Terras e Reforma Agrária); MP 2.220/01 (Concessão de uso especial de solo urbano); Lei 10.711/03 (Sistema Nacional de Sementes e Mudanças); Lei 9.896/99 (Programa Emergencial de Combate aos Efeitos da Seca); Lei 10.913/01 (Programa Especial de Financiamento para combate aos efeitos de estiagem na área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste); Lei 10.458/02 (Programa Bolsa-Renda para agricultores familiares atingidos pelos efeitos da estiagem); Lei 10.638/03 (Programa Permanente de Combate à Seca).

³⁵ Lei n. 11.346/06 - Art. 2º A **alimentação adequada é direito fundamental do ser humano**, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população. [...] (*grifos inexistentes no original*)

Prosseguindo, a Lei 11.346 cuidou de estabelecer também, a necessidade de um acesso universal a alimentos de qualidade (art. 3º) e definir a abrangência da segurança alimentar e nutricional (art. 4º), a fim de evitar deturpações interpretativas.³⁶

Desse modo, tem-se que o dispositivo representou grande avanço quanto ao direito à alimentação, o qual passou a ter legislação específica disciplinando de maneira mais pontual aspectos relativos ao tema.

Dentre os avanços alcançados pela Lei 11.346/06, há que se ressaltar a participação da sociedade, que passou a ter influência na implementação de políticas públicas atinentes ao direito à alimentação. A Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - CONSEA³⁷ (composição de 1/3 de representantes governamentais e 2/3 de representantes da sociedade civil) são exemplos claros desses avanços democráticos alcançados pela legislação em questão.

Existem ainda os CONSEAS estaduais, que visam a uma ação local por meio de conselhos locais que tratarão de questões específicas da região que representam, sendo que atualmente, conforme dados do Governo Federal, existem 27 deles.³⁸

Em nível municipal também é possível encontrar-se políticas de segurança nutricional e sustentável, de modo que tais políticas também integram o sistema nacional e estadual. O sistema municipal é integrado por: atores sociais (sociedade civil), órgãos (secretarias e órgãos da administração pública municipal) e mecanismos (conferências, leis, decretos e o plano municipal de SANS), sendo que a articulação do sistema se dá prioritariamente por meio do Conselho Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional Sustentável.

Dentre seus principais objetivos estão: propor diretrizes para a política municipal de segurança alimentar; estabelecer prioridades para o Plano Municipal de

³⁶ Lei n. 11.346/06 - Art. 3º A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Art. 4º A segurança alimentar e nutricional abrange: I – a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda; II – a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos; III – a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social; IV – a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população; V – a produção de conhecimento e o acesso à informação; e VI – a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.

³⁷ Lei n. 11.346/06, art. 11, §2º – O CONSEA será composto a partir dos seguintes critérios:

I – 1/3 (um terço) de representantes governamentais constituído pelos Ministros de Estado e Secretários Especiais responsáveis pelas pastas afetadas à consecução da segurança alimentar e nutricional;

II – 2/3 (dois terços) de representantes da sociedade civil escolhidos a partir de critérios de indicação aprovados na Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; [...]

³⁸ Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/conselhos-estaduais> - Acesso em: 12 jun. 2011.

segurança alimentar; avaliar a política de segurança alimentar e promover o intercâmbio de experiências entre os participantes.³⁹

Portanto, existe no cenário normativo do direito à alimentação lei específica regulando o tema, além de outras leis de caráter genérico, e também sistemas políticos de proteção ao direito à alimentação, que comportam todas as esferas governamentais, oferecendo ainda espaço a representatividade da sociedade para atuação em defesa de políticas de proteção à alimentação, tudo visando a alcançar maior efetividade ao direito à alimentação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O histórico da alimentação remonta a origem da vida, pois o ser humano necessita da alimentação para desenvolver suas atividades diárias, sendo que sempre foi assim, de modo que o tema alimentação sempre esteve atrelado a vida.

Porém com o passar do tempo o tema mereceu maior atenção, pois os alimentos foram recebendo maior atenção, se preparo sofreu mudanças, o consumidor passou a buscar maior qualidade nos alimentos, sendo que por esta razão a produção dos alimentos teve de alinhar-se a nova realidade que passava a exigir cada vez maior variedade e qualidade dos alimentos.

As indústrias de alimentos tiveram que buscar novos produtos, novas formas de prepará-los, pois senão o fizessem realmente poderiam perder espaço para novas indústrias que certamente estavam atentas as transformações sociais que aconteciam.

O cuidado com a produção dos alimentos passou então a ser intenso, a segurança alimentar ganhou espaço, o Estado assumiu seu papel de fiscalização de modo a impor as indústrias maior atenção com a segurança alimentar, tudo como forma de proteger a sociedade quanto a alimentos de má qualidade e que poderiam representar grande nocividade para a alimentação da sociedade.

O direito (dinâmico como é) enquanto fenômeno histórico e cultural teve de amoldar-se a este novo ambiente, de modo que passou a disciplinar a matéria tanto em nível constitucional como infraconstitucional, impondo direitos e obrigações, atribuindo responsabilidades, tudo como forma de proteger a sociedade.

Portanto, é possível observar grandes avanços quanto a proteção do direito à alimentação, especialmente para fins deste estudo, no tocante a produção dos alimentos que passou a receber tratativa mais intensa na ordem jurídica brasileira, impondo as indústrias padrões que deverão ser obedecidos. A sociedade também

³⁹ Importantes diretrizes quanto ao CONSEA em nível municipal poderá ser encontrado em documento elaborado pelo CONSEA-MG disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/conselhos-estaduais/documentos-conseas-estaduais/cartilha-para-uma-politica-municipal-de-san-consea-mg> - Acesso em: 12 jun. 2011.

cumpra seu papel nesta trilha, pois repudia produtos de má qualidade, exige cada vez maior variedade e certamente pode ditar os rumos deste mercado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Indústria de alimentação: principais indicadores econômicos. Disponível em: <<http://www.abia.org.br/anexos/FichaTecnica.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

ALBERGONI, L.; PELAEZ, V. Da revolução verde à agrobiotecnologia: ruptura ou continuidade de paradigmas. **Revista de Economia**, v. 33, n. 1, p. 31-53, jan/jun 2007.

ALFONSIN, J. T. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

ASP, E. H. Factors affecting food decisions made by individual consumers. **Food Policy**, v. 24, p. 287-294, 1999.

BATALHA, M. O.; LUCCHESI, T.; LAMBERT, J. L. Hábitos de consumo alimentar no Brasil: realidade e perspectivas. In: BATALHA, M. O. (Org) **Gestão do Agronegócio: textos selecionados**. São Carlos: EDUFSCAR, 2009.

BATALHA, M. O. ; SCARPELLI, M. Gestão do agronegócio: aspectos conceituais. In: BATALHA, M. O (Org) **Gestão do Agronegócio: textos selecionados**: GEPAL: Grupo de Estudos e Pesquisas Agroindustriais. São Carlos: EDUFSCAR, 2005.

BELIK, W. Perspectivas para segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Saúde e Sociedade**, v. 12, n. 1, p. 12-20, jan-jun 2003.

BELIK, W.; SILIPRANDI, E. Hábitos alimentares, segurança e soberania Alimentar. In: VILARTA R.; GUTIERREZ, G. L.; MONTEIRO, M. I. (Org.). **Qualidade de vida: evolução dos conceitos e práticas no século XXI**. Vol. 1. Campinas: IPES, 2010.

BEURLEN, A. **Direito humano à alimentação adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. O Estado brasileiro e seu dever de realizar o direito social à alimentação. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 195.

BLEIL, S. I. **O padrão alimentar ocidental: considerações sobre a mudança de hábitos**. Revista de Cadernos de Debate. Unicamp: Campinas, 1998.

BURITY, V. *et. alli*. **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2010.

CASTRO, A. M. G. (Org.) **O futuro do melhoramento genético vegetal no Brasil: impactos da biotecnologia e das leis de proteção de conhecimento**. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2006.

COURTIS, C. **The right to food as a justiciable right: challenges and strategies**. Revista Internacional de Direito e Cidadania. Revista n. 08 – out.10 à jan.11.

ESTORNINHO, M. J. **Segurança alimentar e protecção do consumidor de organismos geneticamente modificados**. Coimbra: Almedina, 2008.

FRIEDMAN, H. Changes in the international division of labor: agri-food complexes and export agriculture. In: FRIEDLAND, W. et al. **Towards a new political economy of agriculture**. Boulder: Westview Press, 1991.

MIZUTA, C. Y. **Análise da organização e da gestão do processo de desenvolvimento de produto da indústria alimentar**: estudo de casos nos segmentos de biscoitos e laticínios. 2000. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção). Departamento de Engenharia de Produção, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2000

NEVES, M. F. **Um modelo para planejamento de canais de distribuição no setor de alimentos**. Tese (Doutorado) – Departamento de Administração - Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

NEVES, M. F.; CHADDAD, F. R.; LAZZARINI, S. G. **Gestão de negócios em alimentos**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

OLIVEIRA, R. C.; MACHADO, D. F. N.; LINS, A. C. A.; MELO, M. F. M. Hábitos alimentares, alimentação alternativa, multimistura: conhecendo as diferenças. **Enciclopédia Bioesfera**, n. 3, janeiro-junho, 2007.

RODRIGUES, A. M. **Cluster e competitividade: um estudo da concentração de micro e pequenas empresas de alimentos no município de Marília/SP**. Tese (doutorado) – Departamento de Engenharia Mecânica – Universidade de São Paulo. São Carlos, 2003.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

_____; GOTTEMS, C. J. (Org.) **Direitos fundamentais**: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira. Birigui: Boreal, 2008.

_____; ANSELMO, J. R. (Org.). **Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2010.

_____; JÚNIOR, T. M. A. L. **Direitos sociais**: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal, 2011.

_____; ALVES, F. B. (Orgs.). **Políticas Públicas**: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do estado social de direitos. Birigui: Boreal, 2011.

_____; MINHOTO, A. C. B. Igualdade, minorias e legitimidade. In: SIQUEIRA, D. P.; SANTOS, M. A. D. (Orgs.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Boreal, 2012.

_____; SANTOS, M. A. D. (Orgs.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Boreal, 2012.

SOUZA, M. D. C. A.; HARDT, P. P. Evolução dos hábitos alimentares no Brasil. **Brasil Alimentos**, n. 15, p. 32-39, agosto 2002.

SPERS, E. E. Segurança do alimento. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SCARE, R. F. (Org). **Gestão da qualidade no agrifusiness**. São Paulo: Atlas, 2003.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOCIAL AFFECTIVE PATERNITY

Geala Geslaine FERRAI¹
Daniela Braga PAIANO²
Celina K. F. MOLOGNI³

RESUMO: A paternidade socioafetiva surge com o reconhecimento dos novos modelos familiares acolhidos pela Constituição Federal de 1988. O Código Civil anterior, visando proteger o patrimônio, eixo da antiga constituição, não aceitava outras formas de família que não fosse o modelo patriarcal e decorrente do casamento. Com o advento da Constituição da República de 1988 e o atual código civil, já foi inserido em seu bojo, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, as relações paternais tornaram-se reconhecidas em suas mais variadas formas. O atual modelo de família é o eudemonista, e não há mais o império da consanguinidade sobre a afetividade, pois esta tornou-se o liame das relações familiares; o fortalecimento da afetividade em face da consanguinidade, a desbiologização do direito de família. Com o advento da Lei 11924/2009, esta trouxe modificações importantes na Lei 6015/73 – Registros Públicos, tornando-se possível a averbação do patronímio do pai afetivo, ou padrastrô no sobrenome do filho.

PALAVRAS-CHAVE: afetividade, desbiologização do direito de família e eudemonista.

ABSTRACT: The affective paternity comes with the recognition of new family models accepted by the Federal Constitution of 1988. The last Civil Code, trying to protect the heritage, the base of the older constitutions, did not accept other forms of family that was not the patriarchal model of marriage and as a result. With the advent of the Constitution of 1988 and the current civil code has already been inserted it, the fundamental principle of human dignity. Thus, paternal relations have become recognized in their various forms. The current model family is eudaimonistic, and there is the rule of inbreeding on the affection, since it became the bond of family relations, the strengthening of affection in the face of inbreeding, the disbiology of family law. With the coming of Law 11924/2009, this brought important changes in the Law 6015/73 - Public Records, making it possible for the registration of the patronym affective father, stepfather or the surname of a child.

KEYWORDS: affectivity, disbiology of family law and eudaimonistic.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916, cujo eixo central era voltado para a propriedade, refletia tal característica para o direito de família. Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, que veio dar base a uma política cidadã de defesa dos

¹ Aluna do 3º ano do curso de Direito da Faculdade Catuaí.

² Mestre em Direito. Docente do Curso de Direito na UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA (UEL), UNIVERSIDADE NORTE DO PARANÁ (UNOPAR) e da FACULDADE CATUAÍ.

³ Mestre em Direito, advogada e docente na Universidade Estadual de Londrina (UEL) e na Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

direitos fundamentais do homem, teve-se uma mudança nessa estrutura conceitual, e, junto com o Código Civil atual, passaram então a dar reconhecimento a um novo quadro no qual se situa a família moderna.

São inovações destes institutos que fez surgir o tema do presente trabalho, qual seja, a relação socioafetiva.

A jurisprudência, aliada à doutrina, foi uma importante fonte de Direito usada pelo Poder Legislativo no momento da criação de uma lei, que tem como fim suprir uma necessidade social evidente, e, tanto uma quanto a outra, auxiliaram de forma direta o legislador para que o mesmo desse importância a esse novo momento que a família experimentava, a elevação da família socioafetiva em detrimento da biológica.

Foi com base no Art. 1523 do Código Civil atual que se tornou possível a busca pela filiação socioafetiva, oportunidade em que o dispositivo mencionou 'outra origem' de filiação.

Outra inovação da legislação pátria foi a Lei 11924/2009, que veio modificar a Lei de Registros Públicos, Lei 6.015/73, no que se refere à averbação do patronímio do padrasto ou madrasta no nome de seus enteados, como uma forma de uniformizar a família do contexto atual, que muitas vezes é composta de mãe, padrasto, enteados e filhos legítimos, a família recomposta, reconstruída, mosaico ou ensamblada.

O reconhecimento da família 'unida pelo coração', em que se prestigia os laços socioafetivos, passou a ser respeitado e a receber proteção do direito pátrio.

A própria jurisprudência, conforme será exemplificado no corpo do artigo, já vinha de forma operante e baseada na equidade, julgando procedente o pedido de reconhecimento de laços socioafetivo.

Desta maneira, com a averbação do sobrenome do pai ou mãe de coração àqueles filhos por escolha, Lei n. 11.924/2009, hoje é possível se falar em primazia da filiação socioafetiva sobre a biológica e até mesmo desconstituir o pai biológico pelo afetivo, dando legitimidade à verdadeira relação paterno-filial.

2 TENTATIVA CONCEITUAL DE FAMÍLIA

O conceito de sujeito dá-se a partir do momento que ele é inserido dentro de um núcleo familiar, dentro de uma família, que não é somente uma célula básica da sociedade, mas também é um modelo de todas as outras instituições, por isto deve ser protegida pelo Estado.

Etimologicamente família advém do latim *famulía* que deriva de *fumulus*, que significa escravo, o vocábulo originado do osco *famel*, servo, e do sânscrito *vama*, significando lugar ou habitação. (PEREIRA, 2003, p.7)

Rodrigo da Cunha Pereira, segue ensinando que no hebraico antigo a palavra família significava “*casa do pai*”, no plano material a constituição desta assemelhava-se a construção de uma casa, um clã, com critérios rígidos, para pertencer a ela a única forma era por laços conjugais do casamento, o escolhido como chefe deste clã era o patriarca, e a ele pertencia o poder de exercer autoridade sobre a mulher e os filhos. (PEREIRA, 2003, p.8)

A esposa ocupava posição destacada na família, participava das festas religiosas e podia vender bens que lhe pertencesse, tendo lugar de honra, sendo sua função dentro do lar valorizada, “era encarregada da educação dos filhos e de devotá-los amor”. (PEREIRA, 2003, p.10)

Segundo Friedrich Engels, na sua obra sobre a origem da família, “as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo, a mãe era conhecida, *mater semper certa est*, mas o pai era desconhecido”. (ENGELS, 2006, p.31)

Com o Feudalismo, uma das primeiras interferências do homem na natureza, e a revolução agrícola, gerada por este, tais famílias passaram de nômades a agricultores, fixaram propriedade através do desenvolvimento da atividade agrorural e passaram a domesticar animais, os laços familiares solidificaram-se e foram elevados ao status de famílias estáveis. Surge então, o início do conceito de casal e parentesco. (PEREIRA, 2003, p.35). Com isto, homem e mulher passam a cultivar relações de afeto.

Mas a sociedade avançou e com ela aquela família unida, coesa e feliz, também avançou, passando a mesma a compor outras formas de relações familiares.

O início do século XXI, marcado pelo avanço tecnológico, possibilitou a verificação do mapeamento cromossômico, uma forma probatória da paternidade sanguínea através do exame de DNA, mas não atendeu às necessidades intrínsecas a constituição do sujeito, pois o ser humano é sua inserção numa cadeia genealógica e cultural coberta por relações afetivas, e os afetos para Melanie Klien:

(...) são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos que afetam o organismo e que se liga a representações, a pessoas, objetos, significados, transformando-se em sentimentos dando um sentido às relações e ainda influenciando em nossa forma de interpretar o mundo. O afeto entrelaça e recobre os demais com o manto da ternura, carinho, dedicação e empenho, compromisso e responsabilidade. (GROENINGA, 2003, p.103)

Baseado nisso, pode-se tentar conceituar família, como sendo um sistema, um conjunto de elementos, composto de pessoas e afetos em interação, que evolui no tempo e organiza-se objetivando alcançar um fim estabelecido. A relação familiar pode ser considerada uma relação privada, uma instituição que propicia ligações particulares, afetivas e econômicas, onde nesta há uma organização, divisão de

tarefas, de responsabilidades e poderes, uma estrutura com formato original que propicia o desenvolvimento do ser humano em sua capacidade psico-intelectual. Sumaya Pereira esclarece que:

Não é o vínculo formal do casamento que transforma uma reunião de pessoas e estabelece comunhão plena de vida, é a *affectio*, o vínculo afetivo que impulsiona as pessoas a manter relação em torno de um projeto de vida comum. (...) um novo perfil constitucional de família que passa a representar o principal elemento caracterizador das entidades familiares. (PEREIRA, 2006, p.521)

E enquanto instituição pública social, a família torna-se protegida pelo Estado, que através de suas normas imperativas passa a definir a cada membro desta, seus direitos e deveres, art.226 §8º Cf.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 16 III, o conceito de família protegida pelo Estado foi estabelecido, quando *in verbis* determinou-se: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".

Em 1969 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto de San José da Costa Rica, também trouxe em seu bojo, precisamente em seu art.17 que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

A Constituição da República de 1988 em seu art. 226 caput, expressa que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, e define os tipos de entidades familiares, a constituída pelo casamento civil ou religioso, com efeitos civis, a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada monoparental.

Paulo Nader, também auxilia o entendimento do referido conceito, ao declarar que:

Família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra de um tronco comum. (NADER, 2006, P.3)

Com o exposto, pode-se entender que o conceito de família sofreu um alargamento conceitual, pois era considerado membro desta, somente aqueles ligados pelo sangue e hoje é reconhecido como entes familiares àqueles ligados principalmente pelo afeto, pelo querer constituir família, pelo amor.

Cumpra destacar que esse rol elencado no art. 226 Cf., não é um rol taxativo e sim meramente exemplificativo, uma vez que a Constituição é acolhedora e não discriminatória de todas as modalidades de família, a exemplo recente da união homoafetiva.

2.1 A Família na Atualidade

O modelo contemporâneo de família foi influenciado diretamente pela Família Romana e Canônica. Na Roma antiga, a família estava sujeita a autoridade do *patria potestas*, era o ascendente comum mais velho, o *pater* que tinha o poder soberano de um chefe sob todos os descendentes *aliena iures*, os não emancipados, sua esposa, as esposas de seus descendentes e escravos. A família romana era patriarcal. Caio Maria da Silva Pereira, diz que:

Em Roma a família era organizada sobre o princípio da autoridade, exercida sobre o *pater familia*, que abrangia quantos a ele estavam submetidos. O *pater* era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto aos deuses domésticos e distribuía justiça. (PEREIRA, 2007, p.23)

Quanto à filiação, sua regulamentação dependia da vontade do chefe da família, que podia reconhecê-la ou rejeitá-la, dá-se o início do instituto da presunção da paternidade, ou "*pater es est quem nuptiae demonstrat, ou pater es est*", verifica-se, assim que o Código Civil traz uma presunção de paternidade, ou seja, pai é o marido da mãe.

Presunção seguida pelos legisladores pátrios até o advento da Constituição Federal de 1988, a qual fez surgir nova vertente para a legitimação da filiação, na qual se buscou acabar com o caráter preconceituoso existente na classificação das filiações, através do alargamento conceitual de entidade familiar, postura que foi seguida pelo código civilista de 2002.

Mas não foi só a doutrina Romana que influenciou o ordenamento jurídico brasileiro, o direito canônico, na idade média desenvolveu um papel importante regulando as relações dos homens entre si, e do mesmo com o Estado, mas em especial a estrutura familiar, "incubiu-se então ao Direito Canônico regulamentar as questões referentes ao casamento e suas consequências". (NAHAS, 2006, p.65)

A constituição familiar se fundava no matrimônio, mediante casamento religioso que recebia a condição de sacramento, e tinha caráter de indissolubilidade. A ideia de que "*pater est quem nuptiae demonstrat*", foi cada vez mais fortalecida e a família oriunda das relações matrimoniais tornou-se a oficial e única aceita na sociedade e nos conteúdos legais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1891, em razão da separação que se deu entre Estado e Igreja, instituíram o casamento civil como o oficial, através do decreto nº119-A de 1900.

A Constituição de 1934 trouxe a família como principal célula da sociedade, sendo reconhecida àquela constituída pelo casamento, de caráter indissolúvel e passando a receber proteção do Estado. A de 1967 confirma o casamento como

instituição indissolúvel e como o Estado só reconhecia o casamento na forma civil regulamentaram o religioso, para que atendendo a forma legal, gerasse efeitos civis.

Em 1977, com a Emenda Constitucional nº9, o divórcio passou a ser admitido no ordenamento Brasileiro, com o surgimento da lei 6515/77, a Lei do Divórcio, que em seu artigo 2º diz *in verbis*: “o casamento se dissolverá pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, perdendo o casamento seu caráter de indissolubilidade”, sendo este um avanço de grande relevância, pois propiciou o rompimento com a ideologia que buscava assegurar à propriedade com a continuidade matrimonial, e ajudou a formar o conceito que hoje se tem de entidade familiar.

Com a Constituição Federal de 1988, e seu eixo voltado para o princípio da dignidade humana, art.1º III Cf, as bases do Direito de Família foram reestruturadas, visando atingir uma forma que refletisse a realidade social atual, excluindo todas as qualificações e restrições preconceituosas sobre filiação, também elevou-se ao status de entidades familiares outras formas filiativas que outrora eram denegadas, como por exemplo, a relação monoparental e a união estável, art. 226§§3º e 4º e art. 227 §6º Cf.

O código civilista veio ratificar a Constituição, trazendo para o Direito de Família modificações importante, como por exemplo, a descaracterização do chefe da família na figura do homem, passando a mulher então a ocupar o mesmo nível deste.

O modelo de família atual é o eudemonista, aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, sua própria realização, seu próprio bem estar. (HIRONAKA, 2000, p.8). Sendo assim, o lar tornou-se o recinto básico da família, o lugar onde ela convive e se mantém apoiada no afeto, o liame que une seus membros.

A partir do planejamento familiar, a paternidade e maternidade deixaram de ser simplesmente o resultado de um processo natural de procriação humana, para ser um exercício de amor e solidariedade, além de ser um exercício diário que deve fazer parte da rotina de ambos, pai e mãe.

As entidades familiares estão expressamente tuteladas pela Constituição, e com esta nova ordem constitucional, todas as formas de famílias foram elevadas a status de entidades familiares, como por exemplo, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada monoparental art.226, §4º da CF, e foi por meio desta, que a jurisprudência e a doutrina, puderam de maneira analógica tutelar a família anaparental, “aquela colada pelo afeto existente entre pessoas que parentes ou não, decidem viver unidas a uma estrutura que busca propósitos comuns, são os irmãos do coração”(DIAS, 2011.p.46).

O instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM apresentou um projeto de lei nº 2285/07, para a criação de um Estatuto da Família, e que, neste microsistema a orientação seria direcionada pelos princípios próprios do direito familiar, como também pelo princípio maior da dignidade humana, art. 1ºIII CF.

Cumpramos ressaltar, a família socioafetiva, aquela lastreada pelo afeto familiar, por exemplo, as pluriparentais, famílias constituídas depois dos desfazimentos das relações afetivas pretéritas, reconstruídas, recompostas, ensambladas ou mosaicas, “a clássica expressão do meu, do seu e dos nossos”. (DIAS, 2011, p.47)

A repersonalização da família, a desembargadora Maria Berenice Dias aponta que:

[...] as mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais, produziram reflexos nas relações familiares, os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se para proteção da pessoa humana. No contexto globalizado ainda que a família continue a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do conceito de família. O que identifica a família não é mais a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual, o elemento unificador da família é o vínculo afetivo. (DIAS, 2011, p.40)

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, vestindo o direito familiar com uma nova roupagem.

A família pós-contexto do Código Civil de 1916, diferente daquela hierarquizada, possui um modelo familiar, eudemonista, neste o poder é distribuído de forma mais igualitária entre homem e mulher, e entre pais e filhos. O poder familiar que antes pertencia ao homem deixou de fazer sentido com o desenvolvimento da figura feminina na sociedade.

Na segunda metade do século XX, os núcleos familiares foram se modificando a partir da entrada de novos personagens nos seios familiares, oriundos de relações desfeitas, a família denominada tentacular, que se pode encontrar a verdadeira relação afetiva buscada pelo conceito de família.

Maria Rita Kehl cita Lévi-Strauss quando conceitua “a família é a forma de organização social mais persistente, mesmo levando em consideração os diferentes históricos e culturas”. (KEHL, 2003, p.170)

Nas famílias contemporâneas em que o poder familiar vem sendo progressivamente distribuído entre vários adultos, observamos a tendência do surgimento de novas formas de aliança, a função fraterna.

A família apresenta um contínuo processo de transformação, passando por constantes mudanças e adaptações, promovendo através destas, a diversidade de modelos familiares. Neste sentido Tereza Arruda Alvim Wambier diz:

A cara da família mudou, foi substituída por um grupo menor em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis, mas intensa no que diz respeito a laços afetivos. Estes laços na família atual são tão ou mais poderosos como os de sangue, que se traduzem na posse do estado. (WAMBIER, 1993, p.32)

Pode-se entender, que toda essa mudança ocorrida no contexto das relações familiares, aconteceram pela desvinculação desta do seu modelo originário. O conceito de família se reinventou, e passou a encontrar no afeto, o elo que enlaça sentimentos e compromete vidas, o elemento que transforma vínculo afetivo em sociedade familiar.

3 A NOVA REALIDADE FAMILIAR PREVISTA NO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O código civil de 1916 trazia conceitos referentes ao Direito de Família que, com o advento da Constituição Federal de 1988, foram transformados em decorrência da mudança contextual e conceitual de família, conceito este que hoje já se requer novas modificações, por exemplo, o Estatuto das Famílias traz em seu bojo um pedido de reestruturação dos princípios que devem ser aplicados nas relações familiares.

A Carta de 1988 trouxe como princípio expressamente fundamental, o art. 1ºIII, a dignidade da pessoa humana e este se tornou o alicerce para a construção do pensamento que hoje se tem sobre entidade familiar. Com este, surge à legitimação de um novo conceito de laço unificador das relações familiares, além do biológico, a afetividade, que vem para trazer respostas à necessidade de aplicação de um direito mais justo a estas novas relações sócio-familiares, a moderna tendência do Direito de Família, ligada à questão a afetiva da filiação.

Fruto do anseio de uma sociedade, que passa a buscar a regularização dos direitos outrora negados pela sociedade rígida e moralista do Código Civil de 1916. Floresce uma nova conscientização do verdadeiro direito das famílias, e neste não mais impera o reinado biológico, a isto chama-se desbiologização do Direito.

Rodrigo da Cunha Pereira, em seu artigo publicado no Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, esclarece que:

Para que o Direito possa estar mais próximo do seu ideal de Justiça, faz-se, necessário considerar o que a Psicanálise, principalmente pós Lacan, já desenvolveu sua teoria sobre a paternidade. Em outras palavras, a partir do momento em que a paternidade for considerada em sua essência, desbiologizada e vista como função, o pensamento jurídico terá que se reestruturar, inclusive para dar novos rumos às ações de investigação de paternidade. E é o que parece já ter sido entendido no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Passa-se então, a dar reconhecimento aos novos personagens que surgem desta nova realidade familiar, ligado pelo cordão umbilical do amor, do afeto, da solidariedade, e da posse do estado de filho, da verdadeira paternidade social.

O afeto passa a ser o elemento que identifica às entidades familiares, o sentimento que servirá para determinar-se os parâmetros filiais. Faz-se possível então, dentro do campo jurisdicional, construir argumentos que solidificarão as formas filiais fundamentadas exclusivamente na afetividade, o parentesco civil conforme artigo 1593

do Código civilista de 2002, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Sobre isto Maria Helena Diniz diz que, “o parentesco civil abrange o socioafetivo, e este é baseado numa relação de afeto gerada pela convivência”.(DINIZ, 2010, p.445)

O prestígio da afetividade fez surgir uma nova figura jurídica, a filiação socioafetiva, que acabou sobrepondo-se à biológica. A definição desta forma de paternidade condiciona-se à identificação da “*posse de estado de filho*, uma relação afetiva íntima e duradoura em que a criança é tratada como filho por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar, cria, ama, educa e protege.” (NOGUEIRA, 2001, p.85)

A carta constitucional de 1988, fez cessar as distinções decorrentes de filiação, art. 227§ 6º Cf entre filhos havidos ou não da relação de casamento, que se equipararam, e trouxe uma ordem expressa sobre o reconhecimento de paternidade.

A Lei 8560/92 em seu art.1º determina que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém, passando o Estado a intervir no campo da filiação e paternidade, estabelecendo que deva ser feita a investigação de paternidade de todos os filhos que não tiverem em seu registro o nome do pai.

A investigação de paternidade biológica identifica a verdade real, mas jamais conseguirá impor ao genitor que o mesmo venha tornar-se pai, o laço biológico impõe responsabilidade civil para fins de alimentos e sucessão, mas será a verdade interior o condão que possibilitará a verdadeira união entre pai e filho, a posse do estado de ser pai e de ser filho.

4 O PARENTESCO E A FILIAÇÃO

O parentesco em Roma era estabelecido nas formas de agnação e cognação, sendo que na primeira as pessoas estavam vinculadas em razão do mesmo *pater*, este detinha o poder sobre a família independente dos laços sanguíneos, já na cognação as pessoas se vinculavam pela consanguinidade, parentesco de sangue. (WALD, 2004, p.32)

No Código Civil de 1916, prevalecia a cognação, dizendo ser parentes as pessoas que descendem de um mesmo tronco. Já no Código atual o art.1593 define-se que do casamento derivam duas ordens de relações, a conjugal e as de parentesco, e esta se dá por consanguinidade ou por afinidade, e quando se refere à *outra origem*,

está se referendando a posse do estado de filho, situação fática prolongada de convivência e afetividade que conduz a paternidade.

O choque existente entre a verdade afetiva e a realidade biológica impôs o alargamento do conceito de filiação, sendo que ao aplicar-se o princípio da afetividade à filiação, tem-se como resultado o entendimento de que a relação paterno-filial é mais que uma ligação genética, é formada por laços de carinho e por isso faz-se possível existir parentesco que não seja só o natural.

A priorização da afetividade dá-se em função da desbiologização da verdade sanguínea, ao considerar-se o fator socioafetivo e psicológico, como sendo primordial à constituição da família.

Para constituição da filiação biológica ou não, se faz necessária a ação de investigação de paternidade, que é uma ação de estado, de caráter personalíssimo, cabendo exclusivamente ao filho intentá-lo, se menor, deverá ser representado pelo seu responsável, art. 1606 cc. Já para a filiação socioafetiva deve-se provar a posse do estado de pai e filho, que se dá pela junção dos elementos: nome, tratamento e fama.

Para o estabelecimento da paternidade podem ser usados três critérios, o jurídico, com base no art.1597 CC, pai é aquele que o casamento comprova, o biológico ou verdade real, pai é aquele que o exame de DNA prova, e o socioafetivo ou a verdade interior, aquela que se baseia no melhor interesse da criança, sendo pai aquele que o coração aprova.

Conforme jurisprudência abaixo comprova:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA POR EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DO PAI REGISTRAL QUE FICOU EVIDENCIADA, A PONTO DE AFASTAR A VERDADE BIOLÓGICA. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho. Ainda que exista a filiação biológica, confirmada no curso do feito, estando demonstrada nos autos a filiação socioafetiva que se estabeleceu entre a autora e o pai registral, a paternidade socioafetiva impera sobre a verdade biológica. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70042092676, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 24/08/2011).

Sob o critério socioafetivo o que faz de uma pessoa pai ou mãe é o papel desempenhado, e o que importa na relação paterno-filial é o exercício de tal função, independente da existência de vínculo biológico ou não.

Wania Andréa Campos ao citar as palavras de Luiz Edson Fachin nos esclarece que:

(...) é sabido que o surgimento de um ser humano é um dado biológico, mas para se dar à paternidade se faz necessário mais que laços de sangue, e portanto, entende-se que a verdadeira paternidade está melhor compreendida na socioafetividade desde logo, se enquadra juridicamente na expressão da posse do estado de filho.(CAMPOS, 2003, p.351)

À justiça coube a tarefa de definir o vínculo paterno-filial, quando a estrutura familiar não reflete a consangüinidade, e diante do confronto entre a verdade biológica e a realidade vivencial, a jurisprudência passou a valorar ao melhor interesse da criança ou adolescente.

O estado filiativo, tem buscado diminuir sua ênfase dada somente a função biológica, buscando-se exercitar a sua função social, esta garantida pelos laços de afeto, com isso tem-se dado a desbiologização ou repersonalização da paternidade, e isto é cada vez mais passível de visualização dentro das estruturas familiares, o conflito entre a presunção *pater est* e a *posse do estado de filho*.

Zeno Veloso citado por Maria Berenice Dias diz que:

Se o pai além de um comportamento notório e contínuo, confessa que é pai daquela criança, propaga esse fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, mesmo não registrado como tal, por ter outro pai biológico, reivindique judicialmente a determinação de seu estado?(DIAS, 2011, p.71)

E a mesma esclarece que:

(...) o afeto não é fruto da biologia, os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue, assim a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto com o objetivo de garantir a felicidade.(DIAS, 2011, p.72)

Portanto toda paternidade é socioafetiva, podendo sua origem ser genética ou não, sendo que a paternidade é gênero da qual são espécies a biológica e a não biológica.

5 A SOCIOAFETIVIDADE COMO LIAME DAS RELAÇÕES PATERNAIS

A mudança na visão jurisprudencial a partir da década de 60, sobre os princípios pertencentes ao direito familiar, deu-se como forma de valorizar uma postura que viesse a trazer igualdade entre membros da família, digo, homem e mulher, pais e filhos. O reconhecimento da socioafetividade na relação paterno-filial foi extremamente importante para sedimentar à base desta nova realidade familiar, a família afetiva.

A legitimidade dos filhos, reconhecida exclusivamente por fator biológico é confrontada pelo surgimento de um vínculo até mais forte que o primeiro, e reiterado pela prática contínua da paternidade emocional ou socioafetiva, aquela construída com

bases fixadas no cotidiano familiar, nos comparecimentos às reuniões escolares e na unidade presente à mesa das refeições.

O caráter psicológico da família, conforme Maria Helena Diniz “um elemento espiritual que une os componentes do grupo, que é o amor familiar”.(DINIZ, 2010, p.14).

Sérgio Gisckow Pereira diz:

A paternidade é conceito não só genético ou biológico, moral e sociocultural. Em grande números de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico fracasso da paternidade sob o mesmo prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva em nível de afinidade saudável, produtiva e responsável.
(PEREIRA, 1992, p.65)

O critério socioafetivo para o estabelecimento do vínculo parental é fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, segundo o qual pai é aquele que exerce a função, mesmo que não haja vínculo de sangue.

E foi com o adentrar da doutrina e jurisprudência neste caminho, visando aconchegar o aspecto biológico ao lado do socioafetivo, que a paternidade passou a não ser mais vista somente como uma possibilidade genética e biológica, mas também afetiva e emocional. E o art. 1593 do Código civilista, norma aberta, deixada pelo legislador para ser usada pelo operador do direito, como forma de instrumento de justiça, buscou aproximar a realidade social da jurídica, a existência comprovada de um modo civil de paternidade baseado nas emoções.

Edson Fachin define que “o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, já a paternidade socioafetiva é aquela que se adapta juridicamente na expressão do estado de posse de filho”. (FACHIN, 2003, p.20)

A filiação passa a ter sua essência voltada para o afeto que une pais e filhos, tendo ou não vinculação biológica entre eles, é o aspecto psicológico do direito de família, tal concepção permeou primeiramente o instituto da adoção, e hoje se faz presente regulando todo ordenamento jurídico familiar. Fato este que pode se comprovar através das jornadas de Direito civil, organizadas pelo Conselho de Justiça Federal, nestas buscou-se trazer esclarecimentos sobre o tema, e de acordo com o enunciado nº 103 aprovado na I jornada, o Código Civil de 2002, reconhece no seu art. 1593 outras espécies de parentesco civil, além da proveniente da adoção.

Foi aprovado também o enunciado nº108, e neste esclareceu-se que o art. 1603 do Código civil ao referir-se à prova da filiação pela certidão de nascimento, não estaria fazendo menção apenas à filiação consanguinea, mas também a socioafetiva.

Por fim, para aclarar o assunto, o enunciado n ° 256 aprovado na III Jornada de Direito Civil esclarece que a posse de estado de filho, também denominada

paternidade socioafetiva, nada mais é do que uma forma de parentesco civil. Dando com isto, fim a toda contrariedade relacionada com tal tipo de paternidade e filiação.

A família socioafetiva, surge como sendo aquela que emerge da construção em afeto, da convivência diária, do conceito mais atual de família sociológica, unida pelo amor, não desprezando o liame biológico da relação paternal, que faz nascer o pai social, o pai do afeto, aquele que constrói uma relação com seu filho biológico ou não, moldado pelo amor, atenção, dedicação e carinho.

Pode-se perceber a importância que a doutrina e principalmente a jurisprudência dá a esta temática, e no REsp 1.159.242-SP, julgado em 24/4/2012, a Ministra Nancy Andrichi, deixa bem claro ao dizer que:

O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole e isto constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. A Min. Relatora salientou que, na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuum*, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Com essas e outras considerações, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, corrigido desde a data do julgamento realizado pelo tribunal de origem. REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 24/4/2012.

6 A POSSE DO ESTADO DE PAI: OS DIREITOS E DEVERES QUE SURGEM DESTA RELAÇÃO

O parentesco segundo Maria Helena Diniz “é a relação vinculatória existente não só entre pessoas do mesmo tronco, mas também entre cônjuge ou companheiro, entre adotante e adotado, pai institucional e filho socioafetivo.”(DINIZ, 2010, p.443)

Sobre a posse de estado de pai e filho, deve-se ressaltar que a mesma traz três elementos que caracterizarão esta relação, onde um sujeito assume a responsabilidade paterna e o outro assume a vontade de ser tratado como filho, são elas: o nome, o tratamento e a fama.

O nome, este não será o elemento de maior relevância, o importante será que o filho seja tratado como tal, o tratamento, que seja garantido sua manutenção, educação, carinho e assistência, e por fim, que essa relação paterno-filial seja fato notório da sociedade, a fama.

Busca-se o reconhecimento de vínculo de filiação afetiva, através da ação de investigação de paternidade ou maternidade socioafetiva, desde que seja verificada a posse do estado de filho. A Ministra Nancy Andrighi, em seu artigo publicado na página do STJ, com o tema: A possibilidade da ação de investigação de paternidade e maternidade socioafetiva, dispôs que este tipo de filiação é uma construção jurisprudencial e doutrinária ainda recente, não respaldada de modo expresso pela legislação atual, por isto a ação de paternidade ou maternidade socioafetiva deve ser interpretada de modo flexível, aplicando-se analogicamente as regras da biológica.

6.1 Reconhecimento de Filiação Socioafetiva

Pode-se dizer que o afeto, tem sido à base do reconhecimento da filiação socioafetiva, como sendo uma espécie de filiação com grau de importância tão elevado, quanto a biológica.

A adoção à brasileira, considerada crime conforme art. 242 Código Penal Brasileiro, é uma espécie de filiação afetiva, nesta a criança é registrada pelos pais afetivos como se biológicos fossem, entretanto a jurisprudência tem caracterizado à irrevogabilidade do registro de nascimento baseada no argumento da presença da paternidade afetiva, quando presente seus elementos, o filho de criação, por este entende-se ser aquele que passa a ser aceito pelos pais afetivos como se biológico fosse, tornando-se um tratamento, uma opção feita pelos pais ao inserir tal “filho” no âmbito familiar dando a ele toda estrutura necessária para o seu desenvolvimento.

A grande maioria da jurisprudência do STJ caminha nesta direção, isto pode ser percebido na análise de inúmeros julgados, como por exemplo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cassou o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito

Federal, que anulou a declaração de paternidade feita por M.S.B em favor de A.C.M.B, pouco antes de sua morte. Em outubro de 2001, O de S.B, irmã do *de cujus* ajuizou ação declaratória de inexistência de parentesco alegando que A.C.M.B não era sua sobrinha biológica e que o reconhecimento feito por seu irmão foi simulado. O TJDF julgou o pedido procedente e rejeitou os embargos de declaração interpostos por A.C.M.B. No recurso ajuizado no STJ, acompanharam por unanimidade os demais ministros o voto da ministra relatora Nancy Andrighi que sustentou:

(...) não se podem impor os deveres de cuidado, de carinho e sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser o socioafetivo. Mas se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência da filiação jurídica, é o acolhimento da justiça do dito popular pai é aquele que cuida. (ANDRIGHI, 2011)

Pensamento também deferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A respeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, art 227 CF, assim como da doutrina na integral proteção à criança Lei 8069/90, ECA- Estatuto da Criança e Adolescente, art. 4º e 6º, não nos incapacita de extrair fundamentos que nos direcionam ao reconhecimento da paternidade socioafetiva “posse de estado de filho”, como geradora de feitos jurídicos capazes de definir a filiação. Agravo de Instrumento nº 599296654. TJRS- 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz F. Brasil Santos.

No que se refere aos direitos sucessórios, para que o filho de criação ou socioafetivo possa ter assegurado seus direitos patrimoniais, em regra, seus representantes legais, se estes forem incapazes, ou eles próprios, se absolutamente capazes, terão que entrar com o pedido de reconhecimento de paternidade, e após comprovação desta, através dos meios probatórios próprios, principalmente com a presença do elo afetivo, os laços de afetividade que os unem, poderá ser reconhecida e oficializada a filiação, e a partir deste momento, passa-se a fazer parte legítima na divisão hereditária, conforme julgado abaixo:

ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE VALORES DE CONTA CORRENTE DE FALECIDA. FILIAÇÃO NÃO COMPROVADA. O parentesco constitui relação jurídica que deve ser comprovada documentalmente, e é vínculo que une duas pessoas ao tronco ancestral comum. A condição de filho de criação, a par do seu significado afetivo, não constitui relação jurídica. Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 70010943199, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves).

Direito processual civil. Direito de Família. Ação de investigação de maternidade cumulada com retificação de registro e declaração de Direitos hereditários. Impossibilidade jurídica do pedido. Art. 267 inciso VI do Código de Processo Civil. Extinção do processo sem resolução do mérito. Dá-se a impossibilidade jurídica quando o ordenamento jurídico, abstratamente, vedar a tutela jurisdicional pretendida, tanto em relação ao pedido

mediato quanto à causa de pedir. *Direito civil. Apelação. Maternidade afetiva.* Atos inequívocos de reconhecimento mútuo. Testamento. Depoimentos de outros filhos. *Parentesco reconhecido.* Recurso desprovido. *A partir do momento em que se admite, no Direito pátrio, a figura do parentesco socioafetivo, não há como negar no caso em exame, que a relação ocorrida durante quase dezenove anos entre a autora e a alegada mãe afetiva, se revestiu de contornos nítidos de parentesco, maior, mesmo, do que o sanguíneo, o que se confirma pelo conteúdo dos depoimentos de filhos da alegada mãe afetiva, e do testamento público que esta lavrou, três anos antes de sua morte, reconhecendo a autora como "filha adotiva".* Apelação Cível nº 10024.03.186459-8/001- comarca de Belo Horizonte- apelante(s) A.C.S e outros. Apelado (a) G.M.S. Rel. Des. Moreira Diniz.

Então, pode-se perceber que a tendência da doutrina moderna no sentido de reconhecer a filiação, a partir da constatação da existência dos elementos que a caracteriza, o nome, o tratamento e a fama. Pode-se verificar, pela análise de uma sentença proferida na 1ª Vara Cível da comarca de Xanxerê-SC, processo nº 080.04.002217-0. O julgado, sujeito a recurso de apelação no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual se reconheceu a maternidade de uma jovem que teria sido adotada, sem processo judicial, ou escritura pública, e desta forma argumentou o juiz, "hoje a filiação está fundamentada muito mais na condição socioafetiva do que em elementos de caráter biológico ou jurídico". A sentença determinou, ainda, a anulação da partilha havida quando do falecimento da mãe "adotante", na qual tal filha foi excluída, reconhecendo o juiz ainda em favor da requerente, todos os direitos hereditários, em iguais condições com os filhos naturais do casal. Na parte dispositiva, reconhece "a existência da maternidade/paternidade socioafetiva alegada e, via de consequência, declarou ser a autora filha afetiva de seus pais, reconhecendo-se em seu favor, por igual, todos os direitos inerentes a tal condição, vedando qualquer espécie de discriminação".

6.2 Os Efeitos Jurídicos da Paternidade Socioafetiva

Reconhecida a posse de estado de filho, a mesma gera efeitos jurídicos como o dever de criação, educação, guarda e companhia, obediência, conforme dispõe o art. 1634 cc, como também o dever de pagar alimentos que não decorre somente da lei, emana dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Sobre isto Maria Berenice Dias esclarece:

Baseado no princípio da solidariedade familiar é de se reconhecer a responsabilidade alimentar subsidiária e de caráter complementar dos parentes por afinidades, pois como o vínculo permanece, impõe-se a reconhecer a existência de obrigação alimentar do padrasto com o enteado, uma paternidade alimentar, prevista nos art. art 1595 §1º e §2º e art 1694 CC.(DIAS, 2011, p.353)

Uma das características que permeia a filiação é o seu caráter de irrevogabilidade, tanto para a biológica quanto para a socioafetiva, e isto pode ser melhor compreendido ao analisar-se as legislações que regulam o direito familiar, como por exemplo, a Constituição Federal em seu art. 226§§4º e 7º e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus art.1,6,15,19 ECA.

O reconhecimento da paternidade traz consigo direitos e deveres, para ambos, pai e filho. O pai afetivo passa a integrar todos os direitos paternos, como o direito de visita, em caso de divórcio quando o filho fique na guarda da mãe, como também a possibilidade de pleitear-se a guarda-compartilhada, também adquire o ônus de pagar alimentos, e o ingresso deste filho nos direitos de sucessão, dá ao mesmo direito sucessório.

Sobre o direito de visitas Rolf Madaleno diz:

Visita é um direito conferido a todas as pessoas unidas por laços de afeto, que busca manter a convivência e o intercâmbio quando as vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física, não estão vinculadas ao poder familiar tampouco ao parentesco natural ou civil, é direito conferido a todas as pessoas unidas por laços de afeto, pais, irmãos, avós, padrastos e madrastas.(MADALENO, 2003, p.158)

6.3 Direito de adotar o sobrenome ou patronímio do pai afetivo ou padrasto

Pelo contexto atual de formação de famílias, não se pode negar a existência de diferentes formatos de famílias, as pluriparentais, as chamadas recompostas, reconstruídas ou mosaicas. Aquelas compostas por mães, padrastos, filhos legítimos desta união e outros filhos oriundos de relações anteriores, mas que se liga de maneira afetiva.

Para resolver esta questão, a própria jurisprudência vinha por meio da equidade, julgando o direito no caso concreto, ao dar provimento a pedidos de padrastos ou madrastas, que buscavam inserir no nome de seus filhos do coração os seus patronímios, buscando-se com isto a unidade familiar.

Os membros de uma família têm em seu nome, uma singularidade que os identifica como integrantes desta, a mesma revela a ascendência familiar, a cadeia genealógica e por consequência do vínculo de afinidade, o legislador passou a admitir que o enteado viesse agregar, em seu nome, o sobrenome do padrasto ou da madrastra, Lei 11924 de 2009, no art. 57§8º diz *in verbis*, “O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrastra, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”, um grande avanço, apesar de tal ato ainda não propiciar direitos sucessórios.

A concessão ao filho do patronímio do pai afetivo, neste caso o padrasto ou madrasta, garantiria ao filho, integrar-se a determinado grupo social como se dele fosse, preservando os direitos inerentes a sua personalidade, como por exemplo, o sobrenome biológico, mas individualizando-o como membro do seio familiar.

Sobre isto, pode-se ver julgados que ajudaram a fortalecer este pensamento, levando o legislador a criar a lei 11.924/2009.

NOME. Alteração. Patronímico do padrasto. O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela. REsp N° 220.059 – SP 1999/0055273-3. STJ

Julgados como este serviram de norte ao legislador, para que o mesmo reconhecesse esta necessidade social, e criasse tal lei, que modificou requisitos importantes na lei de registros públicos, Lei 6015/73.

A lei 11924/2009, que inseriu o § 8º no art.57 da lei de Registros Públicos, Lei 6.015/73, volta-se para uma necessidade social existente em muitas famílias brasileiras, acrescer o patronímio do padrasto ou madrasta, gerando a unidade familiar. Isto não quer dizer que, ao filho será necessário prejudicar sua relação com seus genitores biológicos, pois o sobrenome destes deverá ser mantido, conforme versa o §8º *o enteado ou enteada havendo motivos ponderável* (podendo ser a possibilidade de pertencer a mesma família nominal do restante dos membros da mesma) *e na forma dos §§2º e 7º deste artigo poderá requerer ao juiz competente* (juiz da vara dos registros públicos) *que no registro de seu nascimento seja averbado o nome de família de seu padrasto ou madrasta, desde que haja expressa concordância deste, sem prejuízos de seus apelidos de família.* Para isto é necessário será preencher cinco requisitos básicos estabelecidos pelo legislador:

1. que haja um requerimento ao juiz competente cabendo a este no caso concreto avaliar a cerca do pedido, promovendo a subsunção do fato à norma;
2. que haja expressa, concordância do padrasto ou madrasta em pôr seu patronímio no nome de seus enteados;
3. a lei autoriza que se mantenham os apelidos de família fazendo com que os vínculos originários de filiação não se alterem;
4. o prazo legal exigido de convivência familiar é de cinco anos, em analogia com o prazo para averbação do registro de conviventes, ou união estável;
5. o legislador impôs o requisito do motivo ponderável e este será analisado pelo magistrado, levando em conta o princípio da dignidade humana, e o melhor

interesse da criança e adolescente, uma forma de proteção e amparo aos direitos da personalidade.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO DE NASCIMENTO. INCLUSÃO DO **PATRONÍMICO** DO PAI AFETIVO. SEGURANÇA JURÍDICA PRESERVADA. As normas que dispõem sobre registro público pregam a imutabilidade do registro como meio eficiente de salvaguarda do interesse público na identificação da pessoa na sociedade e de sua procedência familiar. O vínculo afetivo consolidado e público pode figurar uma das hipóteses excepcionais de que trata o art. 57 da Lei n.º 6.015/73, desde que a inclusão do **PATRONÍMICO** do pai afetivo não implique lesão ao princípio da segurança jurídica. Recurso conhecido e provido. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.399769-7/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - APELANTE(S): JÚLIA GONÇALVES LADEIRA - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. ALBERGARIA COSTA.

EMENTA: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO. ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. AUSÊNCIA DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PARECER DE MÉRITO. MANIFESTAÇÃO EM 2º GRAU. SUPRIMENTO. ACRÉSCIMO DE PATRONÍMICO DO PADRASTO. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. POSSIBILIDADE. I - A manifestação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição supre a nulidade por falta de pronunciamento do 'parquet' sobre o mérito da pretensão em primeira instância. Precedentes do STJ. Rejeitar a preliminar de nulidade da sentença. II - Nos procedimentos de Jurisdição Voluntária o juiz não fica adstrito a critérios de estrita legalidade, sendo permitida a adoção de solução mais conveniente e oportuna para a 'quaestio iuris' apresentada. III - É admitida a adição de patronímicos ao prenome, por favorecerem a identificação social da estirpe e aprimorarem, por consequência, o próprio fim teleológico do nome civil. IV - O acréscimo de patronímico do padraсто ou madraста encontra previsão legal no art. 57, §8º da Lei 6.015/73, fazendo-se possível quando houver concordância expressa daqueles e não implicar prejuízo aos apelidos de família do requerente. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.590426-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): FELIPE ALVES PAIXAO FERREIRA ASSISTIDO(A)(S) PELO(A)(S) PAIS IVAIR CARLOS FERREIRA E DEBORA RAQUEL ALVES PAIXAO DE ALBUQUERQUE - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BOTELHO

O pai afetivo ou padraсто pode ingressar com o pedido de substituição de paternidade, através do pedido de reconhecimento da paternidade socioafetiva, por meio da ação de investigação de paternidade, na qual se muda o nome do pai biológico pelo afetivo. A partir disto, integra-se aos bens do filho todos os direitos sucessórios, direito que não seria possível, somente com a inserção do sobrenome do padraсто ou madraста, averbado no registro de nascimento destes. E em casos onde promover a substituição da paternidade torna-se impossível, pela permanência do contato com o genitor, a solução juridicamente encontrada para inclusão destes “filhos do coração” na sucessão, será a doação feita em testamento.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A paternidade socioafetiva é um tema que vigorava no contexto familiar pátrio mas que por causa da irredutibilidade do legislador em dar atenção ao afeto que permeia as relações familiares, e também pela busca da preservação da propriedade não se dava o devido valor à ela.

O Direito é um instrumento regulador da vida da pessoa humana e mesmo sem haver uma lei expressa sobre a problemática defendida neste artigo a paternidade socioafetiva, já se fazia presente de modo que ao se operar o direito no caso concreto, vinha se desenhando esse mosaico de relações familiares.

As decisões fundamentadas em equidade e analogia foram reconhecendo a paternidade afetiva, e esta pode ser evidenciada pelo constante no art.1593 cc e Legislações infraconstitucionais como o ECA. Passando a ser também reconhecida em forma de lei- 11924/2009 no que se refere à averbação do sobrenome do padrasto ou madrasta no nome de seus enteados, ou filhos afetivos que possibilitou sem prejuízos para as relações biológicas, uma aproximação dos entes familiares.

Com o ingresso dessa possibilidade, alguns julgados se tornaram favoráveis ao reconhecimento desse filho do coração participar da sucessão de bens, em detrimento do reconhecimento de filho socioafetivo, de forma legítima, quando este for o objetivo trilhado, para isto deve-se haver o reconhecimento de paternidade, ou a desconstituição da filiação biológica pela afetiva.

Fazendo que filhos de criação passassem a ter em seus registros de nascimento o nome do pai afetivo no lugar do biológico, a desbiologização do Direito Parental ou repersonalização.

A conclusão encontrada, baseada em vários doutrinadores pátrios é que a paternidade afetiva se faz reconhecida hoje de forma equilibrada à genética ou consanguínea. Isto é salutar ao indivíduo, pois de forma digna pode vivenciar no contexto familiar um princípio fundamental para o Direito, a igualdade, e esta vem de encontro ao princípio norteador do eixo de nossa Carta Mãe, a dignidade da pessoa humana. E o que se pode observar é que quando o direito, instrumento regulador de relações humanas promove a justiça aos iguais e aos desiguais na medida de sua desigualdade, surge um homem mais fortalecido e satisfeito, em consequência uma sociedade mais justa e melhor para se viver.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Nancy. **O reconhecimento de paternidade por vínculo socioafetivo.** Disponível em: <http://www.apriori.com.br>. Acesso em 28 de jul.2011.

_____. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao. Acesso em: 25 Maio. 2012.

BRASIL. Constituição Federal (1988). In: Pinto, Antonio Luis. Vade mecum SARAIVA. 9.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Civil (2002). In: Pinto, Antonio Luis. Vade mecum SARAIVA. 9.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL.TJMG, apelação cível nº 1.0145.07.399769-7/001, Rel.Des. Albergaria Costa. Desenvolvido pelo TJMG. Comarca de juiz de fora. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico>

BRASIL.TJMG, apelação cível nº 1.0024.09.590426-4/001, Rel.Des Fernando Botelho. Desenvolvido pelo TJMG. Comarca de Belo horizonte.Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/juridico>. Acesso: 09 de Ago.2011.

BRASIL. TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 10000.00.339934-2/00, Rel. Des. Sérgio Braga, J. 13/11/2003. Desenvolvido pelo TJMG. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/>

BRASIL. TJRS 7ª Câmara Cível, apelação cível nº 70010943199, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, J. 10/12/2003. Desenvolvido pelo TJRS. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/>

BRASIL. TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 10024.03.186459-8/001, Rel. Des. Moreira Diniz, J. 08/02/2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/>

BRASIL. TJRS, 7ª Câmara Cível, apelação civil nº 70042092676, Rel.Des. Roberto Carvalho Fraga. J. 24/08/2011. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br>.

BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL. N º1.159242-SP.Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. 24/04/2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica>.

CAMPOS, Wania. **A ética da convivência familiar**: o direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados>. Acesso em: 02 Ago.2011.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed.rev.atual.ampl.São Paulo: RT, 2011.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Centauro, 2006.

FACHIN. Luis Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2.ed.rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GROENINGA. Giselle Câmara; PEREIRA. Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise**: Rumo a uma nova Epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **Direito de Família e Psicanálise**: Família, um caleidoscópio de emoções. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HIRONAKA, Giselda. **Direito Civil**: Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KEHL, Maria Rita. **Direito de Família e Psicanálise**: em defesa da família tentacular. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LEGISLAÇÃO. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 18.Jan.2012.

_____. PACTO DE SAN JOSÉ DEL COSTA RICA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 18.Jan.2012.

_____. LEI Nº 6515 DE 26 DE DEZEMBRO DE 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis. Acesso em: 03.Mai.2012.

_____. LEI Nº 9236 DE 12 DE JANEIRO DE 1996. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao>. Acesso em: 03.Mai.2012.

_____. LEI Nº 8560 DE 29 DE DEZEMBRO DE 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560. Acesso em: 20.Mar.2012.

_____. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 de 13 de Julho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas. Acesso em: 03.mar.2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Direito de Família**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual - proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A nova constituição e o direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Institutos de Direito Civil. Direito de Família**. 16.ed.v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3.ed.rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA,Sérgio Gischkow. **Algumas considerações sobre a nova adoção**. Revista dos Tribunais. São Paulo,v.682, p.65,1992.

PEREIRA, Tânia; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PROJETO DE LEI Nº 2285/2007. ESTATUTO DA FAMÍLIA. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>. Acesso em: 04.Mai.2012.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda. **Um novo conceito de família: reflexos doutrinários e análise de jurisprudência**. Notícias Forenses. 01. ago. 1993, p.32.

A INFLUÊNCIA DO PROCESSO CIVIL CANÔNICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

THE INFLUENCE OF THE CANON CIVIL PROCEDURE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Handel Martins DIAS¹
Centro Universitário Metodista-RS.

RESUMO: Este trabalho realiza uma análise perfunctória, por meio de pesquisa em fontes de cognição técnicas e não técnicas, da influência do processo civil canônico no processo civil brasileiro contemporâneo. Os institutos processuais do direito canônico são um legado do direito lusitano que proveio do direito comum da Idade Média, formado mormente pelo direito romano e pelo direito canônico. Não obstante a evolução da legislação processual pátria desde a Independência, ainda hoje permanecem resquícios do processo canônico medieval. A conciliação, o princípio da concentração da defesa, o juiz delegado, a sumarização de procedimento, a oposição de terceiro, a reconvenção e a assistência jurídica são exemplos de institutos atuais que têm origens no direito canônico.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Canônico. Brasileiro. Influência. História. Direito comum.

ABSTRACT: This paper presents a perfunctory analysis, based on a research conducted using both technical and non-technical cognition sources, of the influence of the Canon civil procedure in the current Brazilian civil procedure. The procedural doctrines of the Canon law are a legacy from the Lusitanian law, which derived from the common law of the Middle Ages, made up principally by the Roman law and the Canon law. Notwithstanding the evolution of the Brazilian procedural legislation since the country's independence, it still presents remains of the medieval Canon procedure. The settlement, the principle of the concentration of the defense, the delegated judge, the summarizing of the procedure, the opposition, the counterclaim and the free legal aid are examples of current doctrines originating from the Canon law.

KEY WORDS: Procedure. Canon law. Brazilian. Influence. History. Common law.

1 INTRODUÇÃO

A história da Igreja Católica Romana confunde-se com a do Ocidente. Nesses quase dois mil anos, ela participou intensamente da história da civilização ocidental, influenciando não apenas no âmbito espiritual e religioso, mas também político, sociocultural e jurídico². O direito canônico, conjunto de normas jurídicas estabelecidas validamente pelos órgãos competentes da Igreja Católica com a

¹ Advogado em Porto Alegre-RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorando em Direito na USP. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário Metodista-RS.

² Sobre a história da Igreja, vejam-se, entre tantos, ORLANDIS, José. *História breve do cristianismo*. Trad. de Osvaldo Aguiar. Lisboa: Rei dos Livros, 1993; DANIEL-ROPS, Henri Petiot dit. *Histoire de l'Église du Christ*. Paris, Fayard et Grasset, 1962-1965. v. I-XIV; LLORCA, Bernardino; GARCÍA-VILLOSLADA, Ricardo; LABOA, Juan María. *Historia de la Iglesia Católica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2005. v. I-V; HUGHES, Philip. *História da Igreja Católica*. Trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1954; e PIERRARD, Pierre. *Histoire de l'Église Catholique*. Paris: Desclée & Cie, 1972.

finalidade de organizá-la e regulamentar a atividade dos fiéis em relação aos fins próprios da Igreja³, teve notável influência na formação do direito ocidental, remanescendo resquícios dessa ascendência até a atualidade, em especial naqueles países que integram a família romano-germânica, como é o caso do Brasil⁴. O sistema romano-germânico é proveniente do direito comum da Idade Média (*ius comune*), formado fundamentalmente pelo direito romano e pelo direito canônico, além de institutos de natureza consuetudinária de origem bárbaro-germânico.

No âmbito do direito processual não é diferente, subsistindo inúmeras reminiscências do direito processual canônico. Essa ascendência ocorreu de forma assaz no processo civil brasileiro pela força do legado lusitano, cujo processo civil medieval amparava-se no sistema do *ordo solemnis iudiciorum* do direito comum. O direito canônico foi fonte direta de normas positivadas nas Ordenações, tendo sido reproduzidas de forma literal muitas de suas disposições processuais. Como se não bastasse, tal como o direito romano, o direito canônico era aplicado de forma subsidiária em caso de lacuna nas Ordenações do Reino. Já as Afonsinas, de 1446, previam que “quando o cafo, de que fe trauta, nom for determinado por Ley do Regno, mandamos que feja julgado, e findo pelas Leyx Imperaaes, e pelos Santos Canones”⁵. Todo esse patrimônio jurídico permeou no direito brasileiro como herança portuguesa, remanescendo marcas até os dias de hoje⁶.

Naturalmente, é de grande importância a pesquisa sobre esse cabedal canônico, transmitido para o direito brasileiro por força da colonização portuguesa. Como sublinha José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, o objetivo do estudo histórico do direito não consiste em fornecer os antecedentes históricos do direito vigente nem na busca ou apresentação de antiguidades jurídicas enquanto tais, mas, sim, permitir, como única via possível, a compreensão da essência do Direito (1996, p.13)⁷. O escopo do presente ensaio é senão o de proporcionar melhor compreensão de institutos que conformaram o processo civil brasileiro. Para isso, realiza-se, a título propedêutico, breve estudo evolutivo do direito canônico, das suas origens até o início da Idade Moderna. Em seguida, examinam-se, embora de forma perfunctória, a

³ DEL GIUDICE, Vicenzo. *Nozioni di diritto canonico*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 13.

⁴ FEDELE, Pio. Diritto canonico. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. XII, p. 871-904, salienta que o direito canônico obviamente não exaure toda a vida e a atividade da Igreja, dada a insuficiência em geral do direito como regra de vida, sobretudo numa sociedade como a eclesiástica. O direito canônico não é o único, nem mesmo o principal meio do qual se serve a Igreja para alcançar o seu objetivo de salvação das almas. Mas tudo isso não tolhe que este seja não só o fim da Igreja, mas também do ordenamento canônico, como ensinam Tomás de Aquino, Raimundo de Peñafort e Ivo de Chartres (p. 872-873).

⁵ Livro II, tit. VIII. Sobre a aplicação subsidiária do direito canônico nas Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), veja-se MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 71-88.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del diritto comune nel proceso civile brasiliano. In: *Studio in onore di Enrico Redenti nel XI anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. v. I, p. 579-607, aponta com proficiência que, atualmente, a presença do processo comum medieval desenvolvido na Europa continental é muito mais acentuada no Brasil e em outros países da América Latina do que na própria Europa (*passim*).

⁷ MUÑOZ-ARRACO, José Manuel Pérez-Prendes. *Interpretación histórica del derecho*. Madrid: Universidad Complutense, 1996.

formação do direito comum e o processo civil canônico vigente à época da compilação do direito português. Finalmente, analisam-se alguns institutos vigentes no direito processual civil brasileiro com origem no direito canônico.

2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO DIREITO CANÔNICO ATÉ O INÍCIO DA IDADE MODERNA

No século I, no início do cristianismo, os cristãos passaram a viver agrupados, afastados dos pagãos, em virtude das perseguições efetivadas pelo Império Romano⁸. Reuniam-se às escondidas em catacumbas para celebrar o culto religioso e professar a devoção a seu deus. Inevitavelmente, começaram a surgir conflitos de interesses nessas comunidades cristãs, que eram então dirimidos pela estrutura judiciária de Roma⁹. Mas com o desenvolvimento da organização dos cristãos, São Paulo determinou que esses conflitos deveriam ser resolvidos por um dirigente da Igreja e não mais pela jurisdição romana. Nessa jurisdição paralela, fruto da sublevação ao poder imperial de Roma, o dirigente procurava compor os litígios pacificando os ânimos das partes, dentro daquele espírito que norteava a doutrina cristã e tendo como escopo precípua a salvação das almas. Havia flagrante preocupação com a harmonia das relações dos fiéis, obtida mediante conciliação, bem como a influência dos dogmas religiosos e morais nas decisões proferidas¹⁰.

O consuetudinário presidia ao estabelecimento das primeiras normas aplicadas aos cristãos. Todavia, transmitido oralmente, era incapaz de superar as longas distâncias e as comunicações deficientes que separavam as comunidades para firmar alguma uniformidade¹¹. A expansão significativa de fiéis, e, via de consequência, do número de litígios, tornou imprescindível a regulamentação do direito, o que aconteceu por meio da compilação daqueles costumes que vigoravam nas comunidades cristãs. Dentre os chamados escritos pseudoapostólicos que consubstanciam o *ius antiquum*, destacam-se a *Didaqué* (Doutrina dos Doze Apóstolos), a *Didascalia ton Apostólon* (Didascalia dos Apóstolos), os Cânones Eclesiásticos dos Santos Apóstolos, a *Diatagái* ou *Diatéczeis ton Apostólon*

⁸ LIMA, Maurílio Cesar de. *Introdução à história do direito canônico*. São Paulo: Loyola, 1999, sustenta, a respeito da polêmica existente sobre a base jurídica do início das perseguições romanas, que mais provavelmente não seria jurídica a causa das perseguições, senão o *odium generis humani* que Tácito atribuía aos cristãos. Apenas de Septímio Severo (193-211) a Diocleciano (284-305), editaram-se leis explícitas contra os cristãos, por recusarem o culto idólatrico aos deuses e a deificação dos imperadores, com a personificação do Estado (p. 35-36).

⁹ Nessa época, coexistiam em Roma o sistema processual *per formulas*, que teria sido introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a.C) e vigente, já de forma esporádica, até o governo de Diocleciano (285-305 d.C), e o da *extraordinaria cognitio*, que iniciou com o principado (27 a.C.) e perdurou até o fim do Império Romano no Ocidente (476 d.C.). Sobre o processo formular, é imprescindível a leitura de PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. Milano: Giuffrè, 1963. v. II: Il processo formulare; sobre a introdução e desenvolvimento do processo da *cognitio extra ordinem*, COSTA, Emilio. *Profilo storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918, p. 121-131.

¹⁰ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 16-18.

¹¹ LIMA, 1999, p. 36.

(Constituições Apostólicas), os 85 Cânones Apostólicos, a Tradição Apostólica de Santo Hipólito, os Cânones de Hipólito e o Testamento de Nosso Senhor Jesus Cristo.

Com o fim da perseguição aos cristãos a partir da Paz Constantiana (313 d.C.), pela qual se equiparou o cristianismo à demais religiões, os concílios passaram a ser frequentes e a auferir notável relevância, sobretudo os ecumênicos, cujas deliberações eram obrigatórias para toda a Igreja¹². As atas e os cânones originários dos concílios formavam o *ius scriptum*, que substituiu o direito consuetudinário e reduziu paulatinamente a importância dos escritos pseudoapostólicos¹³. E a partir da aceitação do cristianismo, que se tornou a religião oficial do Império em 380 d.C., o direito canônico passou a granjear cada vez mais importância em Roma¹⁴, interagindo com o direito laico¹⁵. O Tribunal do Bispo foi reconhecido como instituição pública e determinou-se que a jurisdição eclesiástica se estendia às causas cíveis, quando os litigantes fossem cristãos e um deles ou ambos manifestasse desejo de submeter a questão à *episcopalis audientia*, cuja decisão era irrecorrível. E caso a demanda encetasse perante a jurisdição romana, poderia ser transferida, no curso processual, para a esfera da jurisdição do bispo (C. Th. 1.27.1)¹⁶.

Com a queda do Império Romano no Ocidente (476 d.C.), o direito canônico sofreu sensíveis transformações. Pois, se por um lado a Igreja conseguiu converter os bárbaros – arianos e pagãos –, transmitindo-lhes, lenta e progressivamente, o modo de ser romano cristianizado na vida familiar, social, política, intelectual e religiosa, deixou-se, por outro, permear a sua influência nas regiões em que eles se imiscuíram e se estabeleceram, inclusive no direito¹⁷⁻¹⁸. O direito canônico teve evolução significativa

¹² GONZALES, Alfredo Pérez. *Lições sobre direito canônico*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1979, p. 21-22, ressalta que se procurou coleccionar essas normas, principalmente as emanadas da Santa Sé. As mais conhecidas no Ocidente até o século X foram a *Prisca* ou *Itala*, aparecida na Itália no século V; a coleccionada por Dionísio, que segue o método cronológico, do século VI; a *Hispana*, sob a influência de Santo Isidoro de Sevilha, aparecida na Espanha no século VII; e a *Pseudoisidoriana*, composta na França no século IX.

¹³ Outra importante fonte de produção de direito da época foram as *decretals*: cartas e decretos dos pontífices romanos, pelos quais os papas manifestavam o poder legislativo por que dispunham a partir da autoridade que exerciam.

¹⁴ GAUDEMET, Jean. *L'Église dans l'Empire Romain: IV^e-V^e siècles*. Paris: Sirey, 1958, considerando o fato de que, em 313, a religião cristã foi oficialmente reconhecida por Constantino e o de que, menos de um século mais tarde, ela tornou-se a religião oficial do Império Romano, imposta a todos os cidadãos romanos, conclui que “les IV^e et V^e siècles furent témoins d'innovations plus importantes peut-être pour l'histoire de la société chrétienne que celles des siècles ultérieurs dépendant si chargés d'événements” (p. 7-8).

¹⁵ GIORDANI, Mário Curtis. O novo código de direito canônico em sua perspectiva histórica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 284, 1983, p. 33-42, era inevitável a influência cristã na legislação imperial, referindo, a título de exemplo, o caráter religioso do livro XVI do *Codex Theodosianus*. Em termos de técnica processual, encontram-se a *relatio* e a *provocatio* dirigidas à Sé Apostólica. Em contrapartida, a *audientia episcopalis* sofre a influência do processo *extra ordinem*. Como refere de forma exemplificativa Jean Gaudemet, as disposições sobre as provas, o recurso ao juramento, as qualidades exigidas das testemunhas são tomadas do direito romano (p. 34).

¹⁶ TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 22.

¹⁷ LIMA, 1999, p. 42-43.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição “civil law”-“common law”: apontamentos histórico-comparativos. Traduzido por Daniel Ustároz e Handel Martins Dias. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 100 (edição histórica), p. 409-442, 2005, na Alta Idade Média, com as invasões bárbaras, as leis germânicas substanciais e processuais impuseram-se ao refinado direito romano justiniano, sem que, porém, o processo germânico (franco-lombardo) conseguisse obter predomínio completo em toda a Itália. Para que o sistema processual romano justiniano se mantivesse vivo ao menos em parte, contribuíram fortemente – além dos centros de Roma e de Ravena, onde esse sistema continuou a ter aplicação geral – os tribunais da Igreja, nos quais era seguido o mesmo sistema, ainda que influenciado e parcialmente modificado pelo procedimento germânico, que prevaleceu nos processos seculares (p. 419).

apenas a partir de meados do século XI por força da Reforma Gregoriana¹⁹, conseqüente da crise entre o Estado e a Igreja. Para depurar a legislação canônica até então existente e assegurar-lhe a validade, canonistas passaram a elaborar teorias de interpretação e métodos de concordância das leis, constituindo um sistema jurídico-hermenêutico. Três canonistas destacaram-se nessa época em que o direito romano voltava a influenciar fortemente o direito canônico: Bernardo de Constança, Álgero de Liège e, em especial, Ivo de Chartres²⁰.

No século XII, quando iniciou a escolástica, o direito canônico viveu o seu período áureo, sendo segmentado da teologia. A principal obra é o *Decretum* de Graciano, escrito provavelmente em 1140. O Decreto tornou-se a coleção mais importante do mundo cristão e constituiu o marco de estabilização do direito canônico²¹, dando origem à escola dos *decretistas*: canonistas que retomaram a tradição de compilar as decretais dos papas e difundiram o direito canônico em toda a Europa no século seguinte²². Os primeiros a assumir essa tarefa, chamados de *antigos*, cingiam-se a descrever as decretais pontifícias posteriores ao Decreto de Graciano. Os que sucederam a decretalista primitiva, chamados de *recentes*, sistematizaram os textos e os dividiram em títulos. O divisor de águas são as *Decretales extra Decretum Gratiani vagantes* ou *Liber extra* do Papa Gregório IX (1234), elaboradas por Raimundo de Peñafort como forma de afastar a insegurança decorrente da proliferação de coleções realizadas depois do Decreto de Graciano²³.

Em 1298, uma nova coleção de decretais dos papas que sucederam Gregório IX é aprovada como apêndice das Decretais, sendo intitulada de *Sextus liber*. Sete anos após e em 1319, duas novas e importantes compilações são lançadas, as *Clementinae*, chamadas pelo Papa Clemente V de *Liber Septimus*, e as Extravagantes, em que se compilou a produção legislativa do Papa João XXII. A consolidação do

¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 84-91, disposto a libertar a Igreja do poder secular, Gregório VII (1703 a 1085) determinou medidas que punham fim ao modelo carolíngio de relação entre Igreja e Estado, constituindo o modelo que vigorará até o século XVI. A Reforma Gregoriana marca um ponto de passagem na história do direito canônico, promovendo o desenvolvimento racional e formal do processo canônico, que serão imitados por reis, príncipes e senhores seculares. Por este caminho é que a Europa reencontrará sua tradição jurídica racionalizante e formalizante.

²⁰ GIORDANI, 1983, p. 35, o início da renovação dos estudos do direito canônico coincide no tempo e no espaço com o renascimento do direito romano, contribuindo para eliminar a influência do direito germânico no canônico. O direito canônico passa a integrar a formação jurídica dos canonistas, que o tomam como referência. Canonistas como Ivo de Chartres reproduzem não só textos de Teodósio II e de Justiniano relativos a assuntos eclesiais, mas também textos de direito romano que não revestem interesse religioso especial.

²¹ NICOLAU, José Nacif. Observações "impertinentes" sobre direito canônico da Igreja Católica. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 18, n. 7, p. 27-36, jul. 2006, p. 28, as coletâneas de leis eclesiais até então existentes eram compiladas por iniciativas particulares, sendo que muitas normas eram contrárias entre si e contraditórias. Em 1140, o monge Graciano organizou todas as coletâneas que havia, numa obra única, com o título "Concordância dos Cânones Discordantes", conhecida mais tarde como "Decreto de Graciano", devido à autoridade que passou a gozar o seu autor. O estudo científico do direito canônico surgiu com Graciano, pois foi o primeiro a deduzir dos textos antigos o significado genuíno e a aplicação das normas antigas às exigências contemporâneas, bem como a resolver controvérsias e suprir lacunas.

²² TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 51.

²³ GONÇALVES, Mário Luiz Menezes. *Introdução ao direito canônico*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 89, Raimundo de Peñafort, então professor em Bolonha, foi encarregado de preparar uma nova coleção de toda a legislação eclesial anterior para lhe dar unidade, com poder mesmo para corrigir as leis, quando elas eram opostas. As Decretais de Gregório IX foram promulgadas como coleção autêntica, pela bula *Rex Pacificus*.

direito canônico se completa no século XVI. Inspirado em Justiniano, Jean Chappuis publica em 1500 o *Corpus Iuris Canonici*, que reuniu o *Decretum Gratiani*, as Decretais de Gregório IX, o Sexto de Bonifácio VIII, as Clementinas e as Extravagantes. Tendo em vista o ensino e a prática judiciária, a Santa Sé aprovou em 1582 a publicação duma edição oficial do *Corpus Iuris Canonici*, também contendo as decretais e constituições de Bonifácio VIII, Benedito XI e Clemente V (Extravagantes Comuns), que haviam sido incorporadas à coleção em 1503²⁴.

3 A INTEGRAÇÃO DO DIREITO CANÔNICO AO DIREITO COMUM

Durante a Baixa Idade Média, entre os séculos XI e XII, ocorre o renascimento do direito romano²⁵. Os professores na Escola de Bolonha passaram a promover profundo estudo científico da codificação justinianeia, elaborando, mediante interpretação e sistematização, uma autêntica ciência do direito²⁶. Este direito erudito calcado no *Corpus Iuris Civilis*, porém influenciado pela filosofia cristã e instituições da época, apresentava inúmeras vantagens em relação aos direitos locais: era escrito (os direitos das diferentes regiões da Europa eram, na sua maior parte, consuetudinários), comum a todos mestres da Europa continental, além de mais completo (compreendia numerosas instituições que a sociedade feudal não conhecia e as necessidades do desenvolvimento econômico tornavam úteis) e evoluído que os direitos locais (havia sido elaborado com base em textos jurídicos que refletiam a vida de uma sociedade muito desenvolvida e servia para o progresso econômico e social em relação às instituições tradicionais da Idade Média)²⁷.

²⁴ A Idade Moderna é marcada pelo Concílio de Trento (1545 a 1563), destinado também à reforma disciplinar, e, a partir do século XVI, pelo aumento da atividade da Cúria Romana com os seus diversos dicasterios. Embora já no Concílio Vaticano I (1869 a 1870) tenha se sentido a necessidade de uma codificação, semelhante aos que existiam em diversas nações, apenas em 1904, pelo Motu Proprio *Arduum sane munus*, decide-se pela codificação da legislação. O primeiro Código de Direito Canônico (Código pio-benedictino), aplicado somente para a Igreja latina, foi promulgado em 1917 por Bento XV. Em meados da década de 60, é instituída a Comissão Pontifícia para a Revisão do Direito Canônico. Após anos de trabalhos, estudos e revisões, em 25 de janeiro de 1983 é promulgado o atual Código de Direito Canônico da Igreja latina.

²⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 205-207, ressalta que a palavra "renascimento" inculca a falsa ideia de que o direito romano justinianeu tenha deixado de ser conhecido, estudado e aplicado, o que jamais se verificou. É para assinalar o contraste entre uma difusão muito modesta ou indiferença e o interesse decisivo que o seu estudo, já com antecedentes no século XI, que assume do século XII em diante que se explica e mesmo justifica a qualificação de renascimento do direito romano. Nele reside o ponto de partida de uma evolução longa e diversificada que conduziria à ciência jurídica moderna.

²⁶ Idem, p. 207-210, motivos de ordem política, religiosa, cultural e econômica apontavam para o incremento do estudo do direito romano justinianeu. Formou-se uma dinâmica que se aceleraria no século XII com os juristas bolonheses. Mas existem sinais notórios que precederam a sua ação específica, motivo pelo qual se alude a um pré-renascimento romanístico, máxime durante o século XI. Antes de surgir a Escola de Bolonha, houve, na Itália, vários centros onde se conhecia o direito justinianeu e se utilizavam esquemas didáticos depois de adotados pelos glosadores. Os mais importantes de que se tem notícia foram os de Pavia e Ravena. As escolas de direito junta-se o testemunho da literatura jurídica, como a *Exceptiones Petri*, o *Brachylogus iuris civilis* e coleções canônicas da época de Ivo de Chartres, que contém direito justinianeu em larga escala. Veja-se, também, sobre os fatores para o renascimento do direito romano na Idade Média: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 111-127.

²⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 203.

Somadas essas virtudes aos inúmeros estudantes estrangeiros na Escola de Bolonha e à fundação de universidades em vários Estados europeus desvela-se por que o direito romano justinianeu e a obra dos glosadores difundiram-se por toda a Europa²⁸. No século XIII, quando já recepcionado o direito romano renascido, verificou-se a decadência da metodologia da Escola dos Glosadores. Já não se estudava direto o *Corpus Iuris Civilis*, senão suas glosas. Faziam-se glosas de glosas. Em meados daquele século, Acúrsio procedeu a uma seleção de todas as glosas anteriores, conciliando e apresentando críticas às opiniões discordantes. Essa obra, intitulada de *Magna Glosa*, encerrou aquele legado científico iniciado pela Escola de Bolonha e principiou a transição para uma nova metodologia que se efetivaria, *de facto*, no século XIV. Esse interím é marcado por juristas designados pela historiografia de pós-acursianos ou pós-glosadores, cujas atividades caracterizam-se sobretudo pela receptividade às exigências práticas, assim como pela elaboração de tratados ou exposição sistemática como nova forma de literatura jurídica²⁹.

No século XIV, no rastro do prestígio do método dialético aristotélico e do fracasso da Escola dos Glosadores, a qual, malgrado ter proporcionado a difusão do direito romano, não foi capaz de torná-lo apto a atender às necessidades da época, instaura-se uma nova metodologia jurídica³⁰. Atribui-se esse novo pensamento jurídico à Escola dos Comentadores, também conhecida por Escola Escolástica ou Bartolista em razão, respectivamente, da matriz científica e de seu jurista mais representativo³¹, Bártolo de Sassoferrato³². Com base em uma perspectiva lógico-sistemática, os bartolistas promoveram sistematização muito mais aprimorada das normas e institutos jurídicos romanísticos e desenvolveram, a partir de fontes variadas (glosas, comentários sucessivos, costumes, direitos estatutário e canônico), uma dogmática dirigida à solução de problemas concretos, criando novas interpretações para os textos justinianeus, institutos e ramos do direito.

Com a expansão do direito romano por toda a Europa, primeiramente pela Escola dos Glosadores e, depois, pela dos Comentadores, formou-se um direito comum aplicável em vários países ocidentais. Esse direito tornou-se a base da experiência jurídica europeia a partir do século XIII. Foi recepcionado até o século XV e aplicado subsidiariamente até o século XVIII, quando o *ius commune* deixa de ser o

²⁸ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 30, "el derecho canónico llegó a estudiarse junto con el derecho civil romano en las universidades italianas y el grado conferido a un estudiante que había completado todo el curso de derecho era *Juris Utriusque Doctor* o sea Doctor en ambos Derechos, refiriéndose al derecho civil y al canónico".

²⁹ COSTA, 2002, p. 217-218.

³⁰ Sobre a contribuição de Santo Tomás de Aquino, maior expoente da Escolástica, para a construção do pensamento jurídico na Idade Média Tardia, veja-se WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. 2.ed. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 60-76.

³¹ Em razão desse pragmatismo, restou ainda conhecida como Escola dos Práticos.

³² LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do direito*. São Paulo: Método, 2006, p. 31, além de responder a questões concretas e reais apresentadas por várias pessoas ou instituições (respondidas em forma de conselhos, *consilia*), Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) sistematizou alguns temas polêmicos de seu tempo em célebres tratados, como O *Tratado sobre o Tirano*.

direito universal diante da lógica do Estado soberano e absoluto. Embora seu cerne fosse constituído pelo direito romano, o direito comum foi integrado por institutos de natureza consuetudinária de origem bárbaro-germânico e, máxime quando à matéria processual e direito de família, pelo direito canônico. Além de possuir a mais coesa e extensa organização social da Idade Média, com inúmeras escolas promovendo o ensino do direito canônico, a Igreja detinha a mais poderosa ordem jurídica da Europa. Assim, era natural que o *ius canonicum* influenciasse fortemente o *ius civile*, sendo aplicado inclusive como fonte subsidiária na jurisdição laica³³. O *utrumque ius* traduz esse sistema único de normas universais constituído pelo direito romano e canônico, comumente chamado de direito romano-canônico³⁴.

No Reino de Portugal, cuja independência foi reconhecida em 1143 pelo Rei de Leão e Castela, iniciando a dinastia afonsina, não foi diferente. Penetraram no direito português não só o direito romano justinianeu como o novo direito canônico decretista e decretalista. Como foi justamente no período de propagação do direito comum que a lei se tornou, em substituição aos costumes, a principal fonte do direito, a legislação geral régia desenvolveu-se amparada em grande medida no direito romano e no direito canônico. E quando as fontes jurídicas portuguesas não regulamentavam uma hipótese concreta, aplicava-se o direito romano e/ou o direito canônico, inclusive com a utilização de obras de origem castelhana que se amparavam nas fontes romano-canônicas, tais como as *Flores de Derecho*, os *Nueve Tiempos de los Pleitos*, *Fuero Real* e *Siete Partidas*³⁵. Todo esse patrimônio jurídico adentrou nas compilações oficiais do direito português a partir de 1446.

As primeiras Ordenações, as Afonsinas, basicamente atualizaram e sistematizaram o direito então vigente no Reino. Além das gerais fontes jurídicas anteriores, muitas delas provindas do direito comum, utilizaram normas extraídas das *Siete Partidas* e preceitos dos direitos romano e canônico³⁶, designados, respectivamente, por “leis imperiais” ou “direito imperial” e “santos cânones” ou

³³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 76-77, o intercâmbio dos princípios favoreceu, sobretudo, um mútuo princípio de subsidiariedade: os juízos eclesiásticos aplicavam, de forma subsidiária, o direito romano; a jurisdição profana aplicava os princípios do direito canônico. A frase *jus canonicum et civile sunt adeo conexas, ut unum sine altero non intellegi potest* correspondia à sensibilidade dos contemporâneos.

³⁴ MARQUES, 2001, p. 16, sublinha que o conceito de *ius commune* é um conceito equívoco e pode assumir conteúdos diversos. O direito comum *stricto sensu*, designa o direito romano; este é o seu núcleo fundamental; *lato sensu*, refere-se ao *utrumque ius*, a um sistema único de normas universais constituído pelo direito romano e pelo direito canônico; *sensu latissimo*, compreende, para além destes direitos, também a literatura jurídica e a jurisprudência que se foram acumulando à sua volta, assim como o direito feudal recebido no *Corpus Iuris*.

³⁵ Sobre essas obras doutrinárias e legislativas, bem como outras fontes jurídicas que antecederam as Ordenações, veja-se SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985. v. I, p. 153 e segs.

³⁶ SIDOU, José Maria Othon. Influência do direito canônico no pensamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, 1972, p. 138-140, sustenta que, na esteira de predecessores seus, e empenhado em consolidar a emancipação de Portugal, inclusive através da ordem jurídica, D. Afonso V, em 1446, conseguiu, na afinal completada codificação, libertar as Ordenações afonsinas o mais possível da influência da velha província hispânica, tendo muito se utilizado, para tanto, como aglutinador, o direito canônico (p. 139-140).

“decretal”³⁷⁻³⁸. A partir do século XVI, com a consolidação do Estado e do poder real português³⁹, o direito comum começa a perder importância, mas já estava radicado definitivamente no direito lusitano. Como este vigorou no Brasil durante todo o período de colonização e mesmo após a proclamação da Independência, por força do Decreto Imperial de 20 de outubro de 1823⁴⁰, era natural que fosse a principal referência para as leis que delinearão o direito pátrio. Tal influência foi rija no âmbito do processo. Ainda hoje, a maioria dos institutos vigentes do direito processual civil brasileiro tem como fontes jurídicas o direito português, cujo processo civil medieval era fundado no sistema do *ordo solemnium iudiciorum* do direito comum⁴¹⁻⁴².

4 O PROCESSO CANÔNICO À ÉPOCA DA COMPILAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS

O processo civil canônico era informado pelos postulados da unidade, segurança, organização, revelando estrutura lógica e objetiva, destinada a alcançar, tanto quanto possível, a perfeição⁴³. O processo era escrito⁴⁴ e formal, dividindo-se em inúmeras e sucessivas seções independentes entre si (*termini* ou *stadia*)⁴⁵. Cada seção era encerrada por um pronunciamento judicial interlocutório, do qual se admitia apelação⁴⁶. As fontes jurídicas revelam que o procedimento ordinário era lento, custoso e extremamente formal. Em razão da excessiva duração dos processos e do crescente número de demandas, canonistas passaram a admitir uma simplificação e abreviação do procedimento⁴⁷, o que se concretizou por meio da bula *Saepe Contingit* (1306), do

³⁸ Sobre a intensidade da recepção do direito comum nas Ordenações e os seus consectários, veja-se LIEBMAN, 1951, p. 589-607.

³⁹ Sobre o processo de criação dos Estados Europeus, especialmente do português, veja-se MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. t. I, p. 69 e segs.

⁴⁰ Sobre a subordinação política e jurídica durante a transição, veja-se ARAÚJO, Fernando. *Aspectos da história do direito no Brasil: opressão e bacharelismo: a gênese do positivismo no Brasil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 135-179.

⁴¹ Sobre a história do processo civil lusitano, veja-se, por tantos, TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴² LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – obra que reúne uma seleção de trabalhos e aulas desse célebre processualista gaúcho –, critica o processo do direito comum recepcionado pelo Brasil. Refere que a simbiose do direito romano com o canônico e o germânico primitivo importou involução total, na medida em que nenhum dos fins do processo passou a ser atendido. Nem o individual, porque não se fazia justiça às partes; nem o social, porque os processos não alcançavam termo. Este estado de coisas teria predominado na Europa até fins do século 11 e, no Brasil, até hoje estenderia seus efeitos (p. 13-15).

⁴³ TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 59.

⁴⁴ EICHMANN, Eduardo. *El derecho procesal según el Código de Derecho Canónico*. Versión al castellano con adiciones complementarias de derecho español por Nicolas S. de Otto y Ambrosio Sanz Lavilla. Barcelona: Bosch, 1931, p. 30-31, sublinha que, consoante o c. 11 X 2, 19, Innoc. III, 12 15, todos os fatos, afirmações e provas deviam ser escritos, incluindo-se nos autos por pessoa autorizada para tanto, sob pena de nulidade. Esta disposição tinha por objetivo deixar bem definida a prática judicial e excluir a arbitrariedade judicial.

⁴⁵ O procedimento ordinário era composto das seguintes fases: *citationes et dilaciones; recusaciones et exceptiones; petitiones et responsiones; interrogaciones et confessiones; testium depositiones et instrumentorum productiones; interlocuciones et appellaciones; renunciaciones; e conclusiones*.

⁴⁶ Sobre decisões interlocutórias e sua recorribilidade no processo canônico medievo, veja-se FEDELE, Pio. *Le questioni incidentali nella storia del processo canonico*. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: CEDAM, 1982. v. I, p. 495-504.

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 107, o procedimento dispensava o libelo, a contestação da lide e a rigorosa sucessão dos prazos. Concentravam-se numa só audiência todas as deduções das partes, reforçando os poderes do juiz na direção da lide, aumentando o contato entre as partes e o juiz, e a oralidade da causa.

Papa Clemente V. Consagrada na história com o nome de *Clementina Saepe*, esta decretal instituiu um procedimento sumário que se tornou referência de procedimento na Europa continental⁴⁸, caracterizado pela oralidade e lapsos temporais breves mediante a concentração dos atos processuais⁴⁹.

No procedimento ordinário (*solemnis ordo iudicarius*), o autor comparecia perante o juiz (*adit iudicem*) e exibia a sua demanda (*postulatio*). O juiz fixava um prazo (*terminus ad dandum libellum*) para a entrega da demanda por escrito, contendo os nomes do autor, do réu e do juiz, bem como o pedido e a extensão deste. Em seguida, era promovida a citação do réu (*in ius vocatur*), o qual poderia ser excomungado em caso de contumácia. Comparecendo, o autor lhe entregava oficialmente, perante o juiz, a demanda por escrito (*libelli oblatio*) e era fixado um termo para a apresentação da defesa, na qual o réu poderia opor toda a sorte exceções processuais. A fim de prevenir abusos por parte do réu, prescreveu Inocêncio III que todas as exceções dilatórias deveriam ser propostas a um só tempo, salvo nos casos em que a exceção não era antes conhecida ou que o réu jurava não tê-la diferido intencionalmente⁵⁰. Ele ainda poderia reconvir ao autor, inclusive em *causa dispar*⁵¹. Após a contestação do reconvido, a instrução era feita de forma simultânea e uma única sentença julgava as duas demandas, a original e a reconvenção.

Apresentada a defesa pelo réu, formava-se a *litis contestatio*. Por este ato formal *fundamentum et initium ipsius iudicii* determinava-se o objeto do litígio, sendo vedada a sua alteração unilateral. À continuação, ambas as partes emitiam o juramento com o propósito de evitar a calúnia (*iuramentum de calumnia vitanda*) e ingressava-se na fase em que se concedida para a formação das posições (*terminus ad pondendum*)⁵², a qual tinha por finalidade obter a confissão das partes e restringir a atividade probatória⁵³. Se o autor não prestasse juramento, a demanda era extinta, a não ser que apresentasse alguma prova plena de seu direito. Na hipótese de o réu não firmar o juramento de calúnia, era considerado confesso, tal quando deixava de responder as posições. O procedimento processual canônico valorizava, pela razão da

⁴⁸ Sobre a importância e repercussão do procedimento instituído pela *Clementina Saepe*, veja-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36 e segs.

⁴⁹ TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 59-60.

⁵⁰ EICHMANN, 1931, p. 30-32.

⁵¹ TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 61, sublinham que a prorrogação da competência produzida pela reconvenção tinha por efeito, no âmbito do direito canônico, submeter as demandas cíveis e as pessoas leigas à jurisdição eclesiástica, uma vez que o direito canônico considerava o tribunal da Igreja investido de "competência universal". Desse modo, se alguém fosse demandado por uma causa espiritual poderia acionar o autor fundado em motivos que, *a priori*, eram completamente estranhos ao ordenamento jurídico canônico.

⁵² ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. Boston: Little Brown, 1927, p. 472, "the plaintiff was required, in a series of separate allegations called "positions", to set forth severally the facts constitutive of his cause of action and to demand of his adversary a categorical answer of "yes" or "no" to each position. The defendant has to proceed in the same way with the facts of his defense. And, just as there was present a duty of litiscontestatio, so there existed the further duty as answering the positions, thought only in the sense that failure to answer a position was equivalent to its affirmation".

⁵³ EICHMANN, 1931, p. 31-32.

fé, o juramento e a confissão, que passou a exercer posição central em todo o ordenamento da Igreja (MORAES, 2008, p. 251)⁵⁴.

Durante a fase instrutória (*terminus ad articulandum*), admitiam-se como meios de prova documentos, testemunhas, peritos e a inspeção judicial, tendo sido abolidas as provas irracionais⁵⁵. Observado o princípio romano, o encargo de provar pertencia a quem alegava o fato, sendo que se desincumbia do ônus probatório caso houvesse confissão da parte contrária. Se à parte que tocasse o ônus da prova produzisse apenas prova não plena (*probatio semiplena*), ou bem o juiz lhe exigia o juramento de necessidade (*juramentum necessarium, suppletorium*) ou bem o era exigido da parte contrária. As testemunhas deviam prestar juramento, sendo que tão-só a testemunha clássica (*exceptione maiores, testes classici*) poderia servir de prova. A prova decisiva (*probatio plena*) somente era alcançada se houvesse concordância entre as testemunhas clássicas. Depois de prolatar o *terminus ad concludendum* e comunicar as partes o resultado das provas produzidas, a fase probatória se encerrava com a *conclusio in causa*⁵⁶⁻⁵⁷. Encerrada a instrução, era o momento de julgamento da causa. A sentença deveria ser escrita e lida pelo magistrado. Sem necessidade de motivação, a decisão se cingia à proclamação do resultado, condenando ou absolvendo o réu. Da sentença injusta cabia o recurso de apelação, que devia ser dirigido ao juízo recorrido com o pedido de remessa do processo ao juiz superior. Caso a sentença contivesse vício formal, a parte deveria manejar o recurso de cassação⁵⁸.

Este procedimento do direito canônico (*solemnis ordo iudicarius*) restou integrado ao direito comum, sendo chamado de processo romano-canônico na medida em que era lastreado no processo romano⁵⁹⁻⁶⁰. O procedimento romano-canônico passou a ser aplicado concorrentemente com o procedimento feudal antigo, do sistema franco, durante o final do século XIII e o curso do século XIV, pelos tribunais reais e grandes feudos e domínios⁶¹. Apresentava-se, em muitos aspectos, não apenas em

⁵⁴ MORAES, José Rubens de. *Sociedade e verdade: evolução histórica da prova*. 2008. 502p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 251.

⁵⁵ LOPES, 2002, p. 102-103, a novidade era justamente a de que a investigação devia conduzir ao convencimento do juiz. Por razões filosóficas, teológicas e pela crescente exigência dos cidadãos, as provas formais racionais substituíam os ordálios ou juízos de Deus, como a prova do ferro em brasa, da água fervendo e do afundamento.

⁵⁶ EICHMANN, 1931, p. 32-33.

⁵⁷ Sobre a evolução histórica da prova, recomenda-se MORAES, 2008.

⁵⁸ SURGIK, Aloisio. *A origem da conciliação*. 1984. 549p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985, p. 189.

⁵⁹ ENGELMANN, 1927, p. 455.

⁶⁰ CAPPELLETTI, 2005, p. 420-421, esse sistema processual novo e original foi fruto espontâneo do reflorescimento da vida, do comércio, da liberdade e, simultaneamente, também da cultura, em particular da cultura jurídica. Essas foram também fruto da obra dos grandes "glosadores" e, depois deles, dos "comentadores", que retomaram o estudo do direito romano, retornando às fontes e, naturalmente, sobretudo, à compilação justinianeia, por eles interpretada com grande liberdade e com profunda sensibilidade às exigências práticas de seu tempo. Foram, outrossim, também obra dos "canonistas", que, interpretando o direito da Igreja, estudavam um direito que estava fortemente influenciado pelo direito tardo-romano, porque, segundo a máxima já firmemente estabelecida no alto medievo. Em suma, foi obra daqueles juristas, legistas e canonistas, aos quais se deve justamente remontar a elaboração do sistema processual "romano-canônico" ou italo-canônico", que se tornou depois – em seguida à sua "recepção" por parte de várias populações europeias (especialmente a partir do século XIV) e até há bem pouco tempo – o *ius commune* dos países de *civil law*.

⁶¹ Idem, p. 193-195.

oposição ao processo romano, como divergia notavelmente do rude e pouco desenvolvido processo dos povos germânicos⁶², tendo o suplantado definitivamente. Alfim, este procedimento organizado segundo os princípios e a moral da Igreja na Idade Média plasmou as instituições processuais modernas, conservando, até hoje, em especial no Brasil, a sua influência⁶³.

5 INSTITUTOS DO PROCESSO ROMANO-CANÔNICO REMANESCENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo apontam, em sua obra "Lições de Processo Civil Canônico: História e Direito Vigente"⁶⁴, inúmeros elementos do processo civil brasileiro originários do direito processual canônico ou que por este foram influenciados, tais como o reconhecimento da importância do processo, a preocupação com a realização da justiça, a outorga da direção do processo ao juiz, a necessidade de serem inteiramente escritos os atos processuais, o emprego da palavra *procedere*, a divisão do processo em fases distintas, a feição emprestada à prova testemunhal, a maior precisão do valor dos documentos e o aprimoramento da perícia e da arbitragem. Esses ilustres processualistas também identificam, de forma exemplificativa, institutos processuais vigentes no processo civil pátrio que têm origem no direito canônico e penetraram no ordenamento jurídico brasileiro a partir da recepção do direito lusitano no País: a conciliação, o procedimento sumário, a prescrição de que as exceções devem ser propostas a um só tempo, o juiz delegado, a oposição, a reconvenção e a assistência jurídica (2001, p. 159-163)⁶⁵. Por oportuno, examinam-se doravante estes institutos, de forma breve em face das limitações impostas pela natureza do trabalho científico ora apresentado.

A conciliação é um relevante instituto do direito processual civil pátrio, auferindo cada vez mais importância no contexto do processo moderno, no qual se investe em meios alternativos de pacificação social. Além de haver momento próprio

⁶² CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1970, p. 193-194, o procedimento era formalista e todos os seus atos eram orais, dando-se preferência, quanto às provas, às testemunhas sobre os documentos escritos. Admitia, entre os modos de prova, a ordália, testes por água, fogo, ferro em brasa e, principalmente, o duelo. Como a sentença também era oral, para recorrer ou reconstituir um julgamento anterior, era necessário utilizar-se de um procedimento especial para reencontrar os jurados que participaram do julgamento anterior.

⁶³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 100.

⁶⁴ Op. cit.

⁶⁵ MONTERO, Eloy. Prólogo. In: MORENO HERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho procesal canónico*. Madrid: Aguilar, 1956, p. IX-XVII, elenca os seguintes avanços da Igreja no âmbito do direito processual durante a Idade Média, dos quais muitos também foram transmitidos ao direito brasileiro: "distinguió la acción del proceso ordinario; estableció los grados de jurisdicción; unió el Notario al tribunal para escribir y hacer constar las actuaciones judiciales, formando un procedimiento escrito y secreto; nombró abogados para las causas de los pobres, dio principio y origen al Promotor de justicia; admitió generalmente a las partes sin intervención de abogados para la defensa de sus derechos; ordenó las excepciones; extendió la reconvencción; restringió la nulidad de las actuaciones; estableció sanciones contra los litigantes temerarios; moderó mucho los términos judiciales; desenvolió la teoría de la rebeldía; admitió testigos *ad futuram rei memoriam*; desarrolló la teoría de la prueba pericial; estableció la publicación de la sentencia con doble efecto suspensivo y devolutivo; fomentó mucho la conciliación de las partes; restableció los juicios arbitrales, etc." (p. XII).

para a conciliação no procedimento comum, sumário e ordinário (CPC, arts. 227 e 331), e em vários procedimentos especiais⁶⁶, constitui dever do órgão judicial tentar conciliar as partes a qualquer tempo (CPC, art. 125, IV). Enquanto a transação tem origem romana, a conciliação, que pressupõe a intervenção de órgão judiciário, tem procedência canônica. Ela surgiu praticamente com o processo canônico, nos primeiros séculos do cristianismo, ainda durante a Antiguidade⁶⁷. Conforme apurou Jean Gaudemet, cumpria ao juiz, então um bispo escolhido de comum acordo pelas partes, conciliar os litigantes *ab initio*. Apenas em caso de insucesso na atividade conciliatória do bispo é que se instaurava o procedimento contencioso, com a apresentação, pelo autor, do *libellus reclamationis* (1958, p. 246-248).

O procedimento sumário (CPC, arts. 275 a 281), e o próprio rito dos Juizados Especiais Cíveis, previsto na Lei nº 9.099/95, é um resquício do processo canônico medievo. Durante a Baixa Idade Média, em razão da morosidade e do número crescente de processos, o Papa Clemente V instituiu – por meio de duas bulas, a *Saepe Contingit* (1306)⁶⁸ e a *Dispendiosam* (1311) – um rito mais simplificado e com menor número de atos processuais, marcado pela oralidade e concentração dos atos processuais: providência bastante conhecida na política judiciária contemporânea. A *cognitio summaria* era aplicada a determinadas causas, evitando o procedimento comum então vigente (*solemnis ordo iudicarius*), que se revelava deveras formal, lento e custoso. Permitia-se no procedimento sumário – que não tardou para ser absorvido pelo direito processual civil laico – ao juiz proceder “*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*” (*Clementinas*, 5.11.2)⁶⁹.

De acordo com o art. 300 do Código de Processo Civil, compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa. Só é lícito ao réu deduzir novas alegações depois da contestação quando relativas a direito superveniente; competir ao juiz conhecer delas de ofício; ou por expressa autorização legal, puderem ser

⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27, o procedimento do Juizado Especial Cível, previsto na Lei nº 9.099/95, é particularmente voltado à conciliação como meio de solução de conflitos, dando-lhe especial destaque ao instituir uma verdadeira fase conciliatória: só se passa à instrução e julgamento da causa se, após a tentativa, não tiver sido obtida a conciliação dos litigantes nem a instituição do juízo arbitral.

⁶⁷ Sobre a origem canônica da conciliação, veja-se SURGIK, Aloísio. *A origem da conciliação*. 1984. 549p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985, p. 479-482.

⁶⁸ OLIVEIRA, 1997, p. 34-35, a chamada *Clementina Saepe* instituiu, em realidade, um sistema procedural totalmente novo. Não só foi removida a vinculação jurídica ao processo ordinário como também, de modo significativo, outorgou-se ao juiz o poder de investigar a verdade material até de ofício. Desobrigou-se, outrossim, o autor de formular por escrito sua inconformidade, facultada manifestação oral. Aboliu-se, igualmente, a litiscontestação, concedendo-se ao juiz autoridade para rejeitar exceções dilatórias. Em lugar da exagerada aplicação do princípio do tratamento da causa pelas partes, permitiu-se ao juiz firme controle da causa, autorizado até a interrogar as partes de ofício. Além disso, concedeu-se ao juiz poder discricionário para encerrar a consideração dos elementos da causa em uma ou poucas audiências e julgar o caso tão logo lhe parecesse maduro. A *Clementina Saepe* também teve o efeito de tornar inapeláveis as *sententiae interlocutoriae*, as quais só poderiam ser corrigidas pela própria corte inferior ou por revisão em apelação interposta do julgamento final.

⁶⁹ LACERDA, Galeno Vellinho de. Mandados e sentenças liminares. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 236, 1971, p. 12-20, defende que o modelo adotado para o procedimento sumário foi o interdito romano vigorante na época clássica. E ocorreu, por conta disso, a começar pelo direito canônico, a ampliação do conceito romano de posse aos direitos pessoais; primeiro sobre os benefícios ligados à jurisdição territorial, direito ao cargo, insígnias, honrarias, privilégios, dízimos, e depois aos direitos de família e, até, aos obrigacionais.

formuladas a qualquer tempo e juízo (CPC, art. 303). A ideia de que o réu deve apresentar todas as suas alegações defensivas de início, fundante do chamado princípio da eventualidade ou da concentração da defesa, também é legado do processo canônico medieval. Para evitar abusos por parte do réu, prescreveu o Papa Inocêncio III que todas as exceções dilatórias deveriam ser propostas a um só tempo (*"iudex statuere debet terminum ad omnes dilatórias proponendas, post quem excipientem non audiet"*), depois que lhe era entregue, pelo autor, a demanda por escrito (*libelli oblatio*). Apenas nos casos em que a exceção não era antes conhecida ou que jurava não tê-la diferido intencionalmente poderia o réu apresentá-la em um momento posterior ao prazo inicial fixado para a sua defesa (c. 4 X 2, 25)⁷⁰.

Era característico do procedimento canônico medieval o julgamento da causa por um juiz distinto daquele que realizava a instrução⁷¹. O juiz comissionado pelo papa ou juiz ordinário para a realização de determinados atos processuais no processo canônico, dentre esses o de conduzir a carreação das provas⁷², é a origem do juiz delegado previsto no ordenamento processual brasileiro para os casos em que, em relativização ao princípio da imediatidade, é mister a produção de prova quando a jurisdição é exercida no âmbito dos tribunais. Vejam-se, *v.g.*, os artigos 21, XIII, 136, § 2º, 211, 239, § 1º, 247, § 2º, 261, 341 e 342 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e os artigos 34, III, 225, § 1º, e 236 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. No Código de Processo Civil, há previsão expressa do juiz delegado no procedimento da ação rescisória, ao estabelecer que, "se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos" (art. 492).

A oposição, que permite um terceiro propor ação incidente contra o autor e o réu quando pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem as partes (CPC, arts. 56 a 61), é proveniente do cânone 17 das Decretais (2.27): *"ad eadem sententia potest appellare nedum reus victus, sed etiam tertius, cuius interest"*. A oposição podia ocorrer antes da prolação da sentença e era admitida em duas modalidades: uma, oriunda do primitivo direito germânico, mediante o oferecimento da oposição por qualquer membro do clã durante a assembleia; outra, mediante o oferecimento da oposição como processo autônomo, de tal modo que passavam a coexistir dois processos para julgamento em conjunto pelo mesmo juiz: o principal, entre as partes originárias e o processo de intervenção, movido pelo terceiro contra

⁷⁰ EICHMANN, 1931, p. 30-32.

⁷¹ MERRYMAN, 1975, p. 195.

⁷² ENGELMANN, 1927, p. 458-459, assim define o juiz delegado no procedimento romano-canônico "the *iudex delegatus* is a judge, acting under a special commission (*commissio*) from that supreme authority, or from the *iudex ordinarius*, by which he is empowered either to exercise general jurisdiction within a given district, or to hear and determine a single cause, or, it may be, to conduct only certain proceedings in a cause".

aqueles. Esses dois modos de agir – antes ou depois da audiência – chegaram ao atual Código de Processo Civil (arts. 59 e 60)⁷³.

A reconvenção foi sistematizada por duas decretais, do Papa Alexandre III (1180) e do Papa Celestino III (1195), ambas incluídas nas *Decretais* do Papa Gregório IX (2.4). Em suma, após conhecer os termos do pedido, o réu poderia oferecer *reconventionis*, inclusive fundada em fatos estranhos à demanda original deduzida pelo autor. Formulada a pretensão reconvenicional pelo réu, era necessário que fosse oportunizado ao reconvindo responder o pedido. Após, a instrução era feita de forma simultânea e uma mesma e única sentença julgava as duas demandas, a original e a reconvenicional. Comparadas essas disposições do século XII com as do atual Código de Processo Civil (arts. 315 a 318), constata-se que pouco mudou. A principal diferença é, por uma questão de opção de política judiciária, a limitação do cabimento da reconvenção, admitindo-se apenas quando “seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa” (art. 315)⁷⁴.

Cabe ainda destacar o antecedente da assistência jurídica gratuita: o *advocati pauperum*, instituído, segundo as Decretais (1.22.1), pelo Papa Honório III, para assistir às pessoas carentes de recursos, às viúvas, aos órfãos. Esta providência de viabilizar assistência jurídica aos hipossuficientes é vital para permitir o acesso à justiça, estando consagrada, como tal, nos modernos catálogos de direitos fundamentais. No Brasil, está prevista entre os direitos e as garantias fundamentais da Constituição Federal (art. 5º, LXXIV), assim como a existência, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, da Defensoria Pública, cuja missão é justamente prestar assistência jurídica aos necessitados (art. 134). Cabe ainda lembrar que o patrono dos advogados, Santo Ivo, foi justamente um dos precursores da assistência jurídica, tendo sido nomeado pelo Papa Inocêncio III⁷⁵.

6 CONCLUSÃO

O direito canônico teve notável influência na formação das instituições e da cultura jurídica ocidental, mormente nos países que integram a família romano-germânica, como o Brasil. Com a sua integração ao direito comum da Idade Média,

⁷³ TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 161.

⁷⁴ No Código de Direito Canônico de 1917, a reconvenção foi regulada entre os cânones 1690 e 1692, já sem a amplitude de outrora, aproximando-se ainda mais do instituto vigorante no direito processual brasileiro. MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, Lorenzo; ALONSO MORÁN, Sabino; CABREROS DE ANTA, Marcelino. *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria: texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios*. 5.ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1954, p. 638, referem que “la reconvencción propiamente dicha envuelve la idea de compensación entre la petición del reo y la del actor. Si no hay compensación entre ambas peticiones, tampoco existe verdadera reconvencción, aunque puede darse conexión de causas (canon 1567). Sin embargo, la forma externa de reconvencción (acción del reo contra el actor en el mismo juicio) puede e debe observarse también siempre que el reo proponga contra el demandante una nueva acción, que, sin contener la idea de compensación, tenga un nexo objético con la acción del demandante”.

⁷⁵ TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 162.

fonte substancial do direito português durante o período colonial, o direito canônico permeou no direito brasileiro como herança lusitana, permanecendo até hoje esse legado no ordenamento jurídico pátrio. O direito processual civil é uma das áreas do direito mais afetadas pelo direito canônico, na medida em que permanecem vigentes no País inúmeros institutos e traços do processo romano-canônico instituído pela Igreja. Tendo em vista as limitações do presente ensaio, sublinhou-se, a título exemplificativo, forte na lição dos Professores José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, os principais institutos ainda vigorantes no direito processual civil brasileiro que têm origem no direito processual canônico, a saber, a conciliação, o procedimento sumário, o princípio da concentração da defesa, o juiz delegado, a oposição, a reconvenção e a assistência jurídica.

Há que se reconhecer, porém, que a Igreja não influencia o processo civil brasileiro tão somente por força de sua transmissão mediante o direito português remanescente do período de colonização. Por exemplo, o artigo 794 do Código de Processo Civil em vigor, que enumera quatro casos de extinção da execução, provém diretamente do artigo 678 do *Codice di Procedura Civile* do Estado do Vaticano, aprovado em 1946 por *motu proprio* do Papa Pio XII (MOREIRA, 1993, p. 283-291)⁷⁶. Ademais, a Igreja conserva ascendência também por meio do direito canônico contemporâneo. Sem embargo de seus fundamentos éticos, a salvação da alma (*salus animarum*) como fim supremo da Igreja e do próprio processo canônico, adotando-o não só como norte legislativo, mas critério hermenêutico no julgamento das causas⁷⁷, serve de modelo para a jurisdição laica, compromissada, no Estado Democrático de Direito, a conferir uma solução justa e efetiva.

Há, outrossim, inúmeros processualistas que defendem a adoção de regras do Código de Direito Canônico vigente no ordenamento processo civil brasileiro. Vejam-se, por exemplo, Flávio Roberto Ferreira de Lima e Eduardo Talamini. O primeiro espousa a adoção do instituto da *duplex conformis* em causas de pequeno valor, a fim de outorgar, nessas demandas, uma prestação jurisdicional mais racional e célere (2007, p. 105-118)⁷⁸. O segundo, em um precioso estudo, arrola mais alguns: a) conferir ao juiz de primeiro grau o poder de, conforme o caso concreto, não receber a apelação no efeito suspensivo; b) a adoção de técnicas para agilizar o reexame necessário; c) a previsão de um termo inicial para o prazo da ação rescisória vinculado à data de ciência da causa justificadora da rescisão; d) o reconhecimento de

⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a extinção da execução: o art. 794 do CPC em confronto com as suas fontes históricas. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, p. 283-291, n. 59, 1993.

⁷⁷ ROCCA, Fernando della. *Appunti sul proceso canonico*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 8, "la *salus animarum* dunque, como se diceva, è il ponto focale di tutta la vita della Chiesa e como tale esso sta al centro anche del suo sistema giuridico. Ove non si dovesse badare affatto a quel punto molte posizioni nell'ambito di quell'ambito di quell'ordinamento – se valutata alla stregua di quei criteri puramente giuridici che sono la ragione della più assoluta autonomia del mondo del giure negli ordinamenti statuali – potrebbero finire per avere anche del *monstrum*".

⁷⁸ LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. A coisa julgada no direito canônico e suas possíveis contribuições ao direito procesual civil. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura da 5ª Região*, Recife, n. 15, p. 105-118, ago. 2007.

inexistência de coisa julgada para determinadas situações (2002, p. 24-63)⁷⁹. Considerando que parte dessas sugestões integra o Projeto de Novo Código de Processo Civil, em tramitação da Câmara dos Deputados, não cessará tão cedo a influência do direito processual canônico no processo civil brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fernando. *Aspectos da história do direito no Brasil: opressão e bacharelismo: a gênese do positivismo no Brasil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição “civil law”- “common law”: apontamentos histórico-comparativos. Traduzido por Daniel Ustároz e Handel Martins Dias. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 100 (edição histórica), p. 409-442, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1970. t. I: do século VI A.C ao século XVIII d.C.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

COSTA, Emilio. *Profilo storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA, Moacyr Lobo da. Apresentação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 11-17.

DANIEL-ROPS, Henri Petiot dit. *Histoire de l'Église du Christ*. Paris, Fayard et Grasset, 1962-1965. v. I-XIV

DEL GIUDICE, Vincenzo. *Nozioni di diritto canonico*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 13.

ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. Boston: Little Brown, 1927. (The continental legal history series, v. VII).

FEDELE, Pio. Diritto canonico. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. XII

_____. Le questioni incidentali nella storia del processo canonico. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: CEDAM, 1982. v. I, p. 495-504.

⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, p. 24-63, 2002. O processualista paranaense ainda refere que a limitação dos embargos infringentes, promovida pela Lei nº 10.352/2001, foi nitidamente inspirada no sistema da *duplex conformis*. Pois, com a nova redação do art. 530 do Código de Processo Civil, os embargos infringentes passaram a caber apenas quando o acórdão não unânime houver “reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito” ou “julgado procedente ação rescisória”.

- GAUDEMET, Jean. *L'Église dans l'Empire Romain: IV^e-V^e siècles*. Paris: Sirey, 1958.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- GIORDANI, Mário Curtis. O novo código de direito canônico em sua perspectiva histórica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 284, 1983, p. 33-42.
- GONÇALVES, Mário Luiz Menezes. *Introdução ao direito canônico*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GONZALES, Alfredo Pérez. *Lições sobre direito canônico*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1979.
- HUGHES, Philip. *História da Igreja Católica*. Trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1954.
- KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual na Idade Média*. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- LACERDA, Galeno. Mandados e sentenças liminares. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 236, 1971, p. 12-20.
- _____. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del diritto comune nel proceso civile brasiliano. In: *Studio in onore di Enrico Redenti nel xl anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. v. I, p. 579-607.
- LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. A coisa julgada no direito canônico e suas possíveis contribuições ao direito procesual civil. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura da 5ª Região*, Recife, n. 15, p. 105-118, ago. 2007.
- LIMA, Mons. Maurílio Cesar de. *Introdução à história do direito canônico*. São Paulo: Loyola, 1999.
- LLORCA, Bernardino; GARCÍA-VILLOSLADA, Ricardo; LABOA, Juan María. *Historia de la Iglesia Católica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2005. v. I-V
- LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do direito*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *O direito na história: lições introdutórias*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, Lorenzo; ALONSO MORÁN, Sabino; CABREROS DE ANTA, Marcelino. *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria: texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios*. 5.ed. Madrid: Blioteca de Autores Cristianos, 1954.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2003. t. I: O Estado e os sistemas constitucionais.

MONTERO, Eloy. Prólogo. In: MORENO HERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho procesal canónico*. Madrid: Aguilar, 1956, p. IX-XVII.

MORAES, José Rubens de. *Sociedade e verdade: evolução histórica da prova*. 2008. 502p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a extinção da execução: o art. 794 do CPC em confronto com as suas fontes históricas. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, p. 283-291, n. 59, 1993.

MUÑOZ-ARRACO, José Manuel Pérez-Prendes. *Interpretación histórica del derecho*. Madrid: Universidad Complutense, 1996.

NICOLAU, José Nacif. Observações "impertinentes" sobre direito canônico da Igreja Católica. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 18, n. 7, p. 27-36, jul. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ORLANDIS, José. *História breve do cristianismo*. Trad. de Osvaldo Aguiar. Lisboa: Rei dos Livros, 1993.

PIERRARD, Pierre. *Histoire de l'Eglise Catholique*. Paris: Desclée & Cie, 1972.

PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. Milano: Giuffrè, 1963. v. II: Il processo formulare.

ROCCA, Fernando della. *Appunti sul proceso canonico*. Milano: Giuffrè, 1960.

SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português*. Rio de Janeiro: Garnier, 1927.

SIDOU, José Maria Othon. Influência do direito canônico no pensamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, 1972, p. 138-140.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985. v. I: Fontes de Direito.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SURGIK, Aloisio. *A origem da conciliação*. 1984. 549p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985.

TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, p. 24-63, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo, 1987.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; _____. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; _____. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VATICANO. *Código de Direito Canônico* (Codex Iuris Canonici). Trad. pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas, comentários e índice analítico por Pe. Jesús Hortal. São Paulo: Loyola, 1983.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade clássica à modernidade*. 2.ed. Florianópolis: Boiteux, 2008.

INSTRUÇÕES PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

A revista jurídica INTERTEMAS tem por objetivo publicar artigos científicos de natureza teórica, metodológica e técnica, tanto de Doutrina Nacional como de Doutrina Estrangeira.

APRESENTAÇÃO DO MANUSCRITO

Os artigos deverão ser apresentados em conformidade com o seguinte padrão:

- Folha de rosto contendo Título do artigo, nome do(s) autor(es) e rodapé biográfico com titulação, vinculação institucional, correio eletrônico e endereço para correspondência. É vedada qualquer forma de identificação da autoria no corpo do artigo, garantindo-se a sistemática de revisão anônima (blind review).

O corpo do artigo deverá conter:

- Título do trabalho: grafado em caixa alta, negrito, Times New Roman, tamanho 14 e centralizado;

- Resumo: após o título, separado por um espaço 1,5, dar início ao texto do resumo, grafando o título em negrito e caixa alta na mesma linha onde se dará o início do resumo. O resumo deve ser feito em espaço simples e justificado. O resumo, em português, deverá conter no máximo 200 palavras e deve apresentar o problema, a metodologia e fundamentação teórica do artigo.

- Palavras-chave: no máximo 5 (cinco) palavras, separadas entre si por ponto.

- Abstract e Keywords. Recomenda-se uma revisão criteriosa no abstract e nas keywords, que devem seguir o resumo em português.

- O artigo deverá conter: introdução, desenvolvimento, considerações finais e referências bibliográficas. Todos os itens do artigo deverão ser numerados, em ordem crescente (ex: 1; 2; 2.1; 2.1.1.), a contar da Introdução até as Considerações finais.

- As referências bibliográficas devem ser organizadas em ordem alfabética pelos sobrenomes dos autores, obedecendo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e incluir apenas obras que foram citadas no artigo.

- As citações devem ser feitas no sistema autor-data, pelo sobrenome do autor, seguido do ano a que a obra se refere e da página em que se encontra a citação (ex: KUPFER, 1998, p. 38);

- Notas de rodapé devem ser utilizadas apenas para explicações subsidiárias ao texto.

- Para o texto do artigo: Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento 1 ½, parágrafo com recuo de 2,5 cm. Margens: esquerda e superior de 3,0 cm; margens: direita e inferior de 2,0cm.

- O artigo deverá conter no mínimo 15 e no máximo 25 páginas, incluindo referências bibliográficas, tabelas, figuras e quadros; a folha de rosto não deve ser contada.

- Os artigos enviados para publicação, serão analisados pela Comissão Editorial, por sistema de pares, assessorada por especialistas. Os autores são responsáveis pela adequação dos artigos às normas apresentadas e terão prazo de 15 dias para efetuarem as possíveis correções/alterações sugeridas pela Comissão Editorial.

ANEXOS OBRIGATÓRIOS

Os artigos devem vir acompanhados de duas declarações anexas (indicação de responsabilidade e conflito de interesse e transferência de direitos autorais), datadas e assinadas, conforme os modelos abaixo:

1) RESPONSABILIDADE E CONFLITO DE INTERESSE

À Revista INTERTEMAS

Declaramos, por meio desta, que o artigo (INSERIR TÍTULO COMPLETO) é de nossa autoria e inteira responsabilidade; que o conteúdo do trabalho é original, não foi publicado em outra revista, nem está sendo analisado por outra Comissão Editorial para publicação, e não fere qualquer direito autoral ou de propriedade intelectual; que os dados publicados foram obtidos de maneira ética.

Declaramos também que os autores não possuem conflito de interesse em relação ao artigo submetido a esta revista.

Colocamo-nos à disposição da Comissão Editorial para dirimir qualquer dúvida que possa surgir sobre a responsabilidade do trabalho.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

2) TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS

Os autores abaixo-assinados transferem, sem qualquer ônus, os direitos autorais do artigo (INFORMAR O TÍTULO COMPLETO) para a REVISTA INTERTEMAS (ISSN 1516-8158) e sua versão eletrônica INTERTEMAS (ISSN 2176-848X). A reprodução total ou parcial, em qualquer meio, é proibida, exceto com a devida autorização do Editor.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail nepe@unitoledo.br ou pelo telefone (18) 3901-4004.